

الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

وجوب تنقيح القانون المدني المصري
وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح
بمناسبة العيد الخمسين للمحاكم الأهلية

نشرت بمجلة « القانون والاقتصاد » التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق
السنة السادسة — العدد الأول

١٩٣٦

وجوب تنقيح القانون المدني المصري

وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضرة الدكتور عبد الرزاق احمد السرهورى

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين : ليس القانون مما يمكن حضره فى دفتى كتاب ، أو فى مجموعة من النصوص . وهذه حقيقة مفروغ منها ، ولا يمكن أن يتطرق إليها شك فى المرحلة التى وصلنا إليها من البحث العلمى . والفضل فى تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية ، وعلى رأسها الفقيه سافينى (Savigny) . فقد نجحت هذه المدرسة فى اثبات أن القانون كائن حى ، ينمو ويتطور فى البيئة التى نشأ فيها ، وهو أكثر مرونة من أن يعيش فى نصوص جامدة ، ما دامت الحياة فى تطور مستمر .

على أن صوغ القانون فى نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص فى مجموعة مبنية ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، إذا كان لا ينسجم انسجاماً تاماً مع هذه الحقيقة ، فانه لا يصطدم معها . فالقانون ، وهو يتدرج فى مراحل تطوره ، يكون فى حاجة الى أن يسجل ، فى وقت ما ، على الصورة التى وصل إليها فى ذلك الوقت ، على ألا تكون هذه الصورة نهائية ، فليس للقانون نهاية ، إلا إذا قيل ان العالم اذا وصل فى تقدمه الى مرحلة معينة ، بلغ الغاية من الكمال ، وركد بعد ذلك لا يتطور .

وإذا كان سافينى قد شن الغارة على التقنين ، ونادى بافلاسه ، فان الأيام

قد أظهرت أنه لم يكن على حق في هذه الحملة . فالفائدة العملية للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المقتنة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريبه للجمهور ، وتمهيد سبيله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورية في كثير من الأحيان . ولا نقول ان هذا الجمع من شأنه أن يحصر القانون في حيز محدود العالم ، كما زعم بنجام وأوستن ، فإن القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التي أريد على أن ينكش فيها ، فينمو الى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن الى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الا صورة ناقصة أو غامضة للقانون الواقعي الذي تطبقه المحاكم .

منى يكونه التقنين ضروريا : هذه نهاية لا مناص من الوصول اليها . ولكن ذلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبث لا فائدة فيه ، فإن هذا التقنين مفيد ، بل هو ضرورى في بعض الأحيان . واذا كان بعض دعاة التقنين قد خابت آمالهم ، ولم يتحقق ما تنبأوا به ، فذلك لا يرجع لعيب في فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على أنها حصر للقانون ، وبالغوا في التفاؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر ممكن .

أما المعتدلون فقد علموا أن للتقنين مهمة غير هذا الحصر ، فهو قد يكون ضروريا اذا أريد توحيد القانون في بلد تعددت فيه القوانين ، كما كان الأمر في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر ، وكما كان الأمر في ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين وكما هو الأمر في مصر حتى الآن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية .

ويكون التقنين ضروريا كذلك اذا أريد ادخال قانون أجنبي في بلد يحسب أنه في حاجة الى هذا الاصلاح ، كما تم الأمر في مصر عند ما أدخل فيها القانون الفرنسي ، أو في تركيا عند ما تطلعت الى الغرب في تشريعها فأدخلت القانون السويسرى برمته في بلادها .

منى يكونه التقنين مفسرا : والتقنين بعد كل ذلك مفيد من نواح مختلفة .
فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما ذكرنا ،
ويعين على انارة الطريق الذى يجب أن يسلكه القانون فى مراحل تقدمه ، اذ
هو بتسجيله المرحلة التى وصل اليها التشريع وقت التقنين يكون قد رسم له
بذلك خطة للسير فى مراحل المستقبل ، فيسير على هدى الماضى متصل الحلقات .
والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض
الآخر ، وهو أكبر معين على دراسة القانون المقارن ، والأداة التى يتم بها توحيد
القانون فى الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة .

تنقيح التقنين : على أن للتقنين أضرارا ، وأهم ضرر نشير اليه هو أن
القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذى
تطبقه المحاكم ، كما سبقت الإشارة الى ذلك . ولا علاج لهذا النقص الا بالتنقيح .
ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيح .

ومن العوامل التى تجعل التعجيل بالتنقيح أمرا ضروريا سوء وضع التقنين
فى مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب التقنين عند التطبيق ، فمتى
أظهرت التجارب أنه لم يعد صالحا ، وجب تنقيحه تنقيحا عاما شاملا ولا يمكن
الاعتماد على القضاء فى ذلك . فان القضاء اذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم
لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوب جزئية ، وأن يعالج النقص فى بعض
نواحيه ، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الاصلاح عاما شاملا لجميع النواحي ، والا
خرج عن مهمته الى مهمة التشريع ، وهى مهمة لا يصلح لها ، اذ هو بطبيعة
عمله لا يضع حلولاً عامة ، بل ينظر فى أقضية خاصة ، ويعطى لكل قضية حلا
ذاتيا عادلا . على أنه اذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فان مزية
التقنين تضيع ، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد ،
يسهل الرجوع اليه ، فاذا قام القضاء بتنقيح التقنين فى الأحكام التى يصدرها ،
وهى متناثرة متفرقة ، أصبح القانون الذى تطبقه المحاكم ، وهو القانون الذى

يعتد به ، مخالفًا لنصوص التقنين المجموعة ، فيكون القانون الحقيقي غير مقنن ولا مجموع . ويجب إذن أن نعيد جمعه من جديد ، وهذا هو التنقيح الشامل الذى نقول بضرورته .

ثم ان هناك عاملاً آخر يشجع على التنقيح الشامل ، نراه فى سرعة تقدم القانون المقارن ، اذ هو يخطو خطوات سريعة ، ويصل الى نتائج لم تكن معروفة من قبل ، ويساعد على ذلك أن أكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها ، فسهلت المقارنة بين قانون وآخر ، وظهرت من هذه المقارنة عيوب ومزايا كل قانون . وأصبح المشرع فى بلد لا يقدم على تشريع قبل أن يراجع مثيله فى البلاد الأخرى .

تنقيح القانون المدنى الفرنسى ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المئبى لهذا القانون : وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون ، بمناسبة العيد المئبى للقانون المدنى الفرنسى ، وجوب تنقيح هذا القانون ، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه ، وأظهرت التجارب عيوبه ومزاياه ، فانقسموا فى هذا الأمر الى فريقين ، فريق يرى وجوب التنقيح ، وفريق لا يرى ذلك ^(١) .

فأما الفريق الأول فيدلل على صحة رأيه بأن القانون المدنى الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ أصبح الآن لا يتفق مع القانون الذى تطبقه المحاكم ، وما النصوص التى تقرأها فى قانون نابليون الا هيكل عظمى مجرد من الحياة ، اذا قيس الى القانون الحى الذى يعمل به .

فهنالك أجزاء من قانون نابليون قد ضمرت وماتت لأنها أصبحت غير صالحة للحياة ، وهنالك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها . وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه فى أول القرن التاسع عشر تطورا جعل

(١) راجع آراء كل فريق فى كتاب العيد المئبى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٩٠١ - ص ٩٨٦ .

الهوة صحيحة بين الماضى والحاضر ، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة تجارية وصناعية ، تكدست فيها رؤوس الأموال ، وتقدمت الصناعات الكبيرة ، وقامت الآلات الضخمة ، واستغلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل . وترتب على ذلك أن كثرت القوانين التى عدلت من القانون المدنى العتيق ، فأصبح يرزح تحت ثقل هذه القوانين التى جدت ، وكادت تختفى معالمه ، بعد أن غطته سيول من مبادئ جديدة ، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم ، ليسارى الزمن ، ويتمشى مع تطور الحضارة . حتى جاز لنا أن نتساءل ، هل يوجد حقا فى فرنسا تقنين مجمع ، أم أن جزءا كبيرا من القانون الفرنسى قد عاد الى الحالة التى كان عليها قبل عهد التقنين : قانون غير مكتوب نتلمس أحكامه فى القضاء والعادات وفى تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها ولا أحكام .

ويجب الفريق الثانى بأن لا حاجة لتنقيح التقنين ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، و يقوم به التشريع والقضاء والفقهاء . وكثير من الأحكام التى يقال ان هناك حاجة الى تعديلها يمكن أن تعدل ، لا من طريق التشريع ، بل من طريق القضاء والفقهاء . واذا بقيت بعض مسائل تحتاج الى تدخل المشرع ، فهى مسائل قليلة العدد ، يمكن معالجتها بتشريع جزئى . فلا حاجة اذن للتنقيح الشامل ، بل هو ضار من وجوه . فهو اذا عهد به الى الهيئات التشريعية المعتادة ، فان هذه الهيئات غير قادرة على ان تقوم بعمل فنى ، ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها ، ولما لها من صبغة سياسية ، تجعل عملها ناقصا من الناحية العلمية . ثم ان التنقيح اذا أريد به ان يدخل فى التشريع عنصر التجديد ، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية ، كان فى هذا كل الخطر ، فان الفقه فى تطور مستمر ، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفا معينا بالنسبة للنظريات الفقهية ، فالفقه لا يلبث أن يأخذ بالرأى حتى يبدو فسادا ، ويهجره الى رأى آخر ، فهل يغير المشرع مع الفقه كل يوم لبوسا ؟ الأولى ألا يتعرض المشرع الا للحلول العملية ، دون أن يتخذ لنفسه مذهبا فقهيا معينا ، بل يترك الفقه حرا فى صوغ نظرياته ومذاهبه .

والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه ، حتى يصبح معبدا سهل المأخذ ، وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاما ، فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة في عمل تمهيدى ، حتى اذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم ، وأنه في حاجة الى تنقيح آخر ، فراجعناه وانتقل الى عمل تمهيدى آخر ، وهكذا لا نفتأ في تنقيح مستمر ، وفي أعمال تمهيدية لا تفرغ ؟ فأين الاستقرار والثبات في كل ذلك ، وهما من أخص ما يميز القانون الصالح للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهورا طويلة ، ولا يكون عرضة للتقلقل والتزعزع ، والا فقد أهم مزية له . واذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن ، فانه لا يزال في شرح الشباب ، ولا يزال أمامه قرون طوال يعيشها قبل أن يكون في حاجة الى تنقيح شامل ، ولقد عاش الرومان دهورا طويلة في ظل قانون الألواح الاثني عشر ، فلم ينقحوها منذ وجدت ، ولم يمنعمهم هذا من أن يرقوا بقانونهم رقيا كان للفقهاء وللقضاء فيه الأثر الأكبر . فالقانون كاللباس ، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاوم معه الا بطول الاستعمال . واذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدني ، فلا أنه لا يزال قانونا قويا ، ولا يجوز يوم الاحتفال به أن يقام مأتمه . واذا كانت بعض أجزاء القانون تحتاج الى تعديل حتى تماشى الزمن ، فلا بأس من اجراء هذا التعديل الجزئى ، ولكن لا ينبغي أن يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية في ترتيب هذا البناء .

واذا كان لنا أن نوازن بين حجج الفريقين ، فنحن نميل الى الجانب الأول ، ونرى أن القانون المدني الفرنسى في حاجة الى تنقيح شامل ، وهو أشد حاجة الى هذا التنقيح في الوقت الحاضر ، حيث غيرت الحرب الكبرى كثيرا من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وأصبح الفرق محسوسا بين حضارة سنة ١٩٠٤ وحضارة اليوم . على أننا اذا عينا بمسألة تنقيح القانون الفرنسى ، فهى لا تهمنى الا بالقدر الذى يصلها بمسألتنا نحن ، فاذا ثبت أن القانون الفرنسى ذاته في حاجة الى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تكاد تكون مشوهة ،

أشد حاجة الى ذلك .

وان من يتمعن في حجج خصوم التنقيح يجدها. تتلخص فيما يأتي :

(١) لا حاجة الى التنقيح ما دام الفقه والقضاء يقومان به كل يوم ، ويكفى تعديل بعض نواحي القانون تعديلا جزئيا بتشريعات خاصة . (٢) ليس من الصواب أن يكون التشريع ظلا للنظريات الفقهية المتغيرة ، والأولى ألا يحوى إلا القواعد العملية . (٣) التنقيح الشامل لا بد من أن يقره البرلمان ، والبرلمان ليس آلة صالحة للتشريع المدني . (٤) اذا تم التنقيح فلا بد من مضي وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والتأمل في هذه الحجج لا يجدها مقنعة ، وأكثرها في الواقع ينصب ، لا على تنقيح التقنين ، بل على فكرة التقنين ذاتها . وقدما كان للتقنين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج ، ولكن التجارب أثبتت فسادها ، فمتى سلمنا بأن التقنين مفيد ، كان لا بد لتام فائدته من أن ينقح من وقت لآخر ، والا ضاعت ميزته الكبرى ، وهي أن يكون صورة صحيحة للقانون الذي يطبق في العمل .

وقد بين أنصار التنقيح أن الاكتفاء بتعديل جزئي في بعض نواحي التقنين يجعل القانون متناقض الأجزاء ، متنافر التركيب . كما أن ترك أمر التنقيح للفقه والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين ميزته ، أذ تصبح القواعد القانونية غير ثابتة ولا مستقرة ، ولا يستطيع أحد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا ، وهل يبقى على قضاء اليوم ، أم يعدل عنه ، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعاملات ، لأن له أثرا رجعيا ليس للتشريع . أما الخوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيح ، فخوف مبالغ فيه ، اذ يجب عند التنقيح ألا يدخل في القانون الا ما استقر وثبت من الأحكام . أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التي لا تزال محلا للنزاع ، فلا يجوز اتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيح ، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتتمحص الآراء فيها . أما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع المدني ، فمن السهل الاجابة على هذا الاعتراض بأن الاجراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيها شيء من التعديل يجعلها

تتفق مع طبيعة التشريع المدني عند نظر هذا التشريع . كذلك الاعتراض بأن التنقيح يجب أن يعقبه تنقيحات أخرى وأعمال تمهيدية جديدة متكررة إنما هو اعتراض على التقنين في ذاته لا على تنقيح التقنين .

مراجعة القانون المدني المصري : على أنه مهما يكن من شك في حاجة القانون الفرنسي الى التنقيح ، فلا شك في حاجة القانون المصري الى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما نتولى الآن بحثه ، فنبين أولاً ما الذي يدعونا الى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدني ، ثم نبسط بعد ذلك رأينا في الأساس الذي يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

§ ١

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

الرأى المختلف فى هذا الموضوع . ناقش هذه المسألة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون المصرى الأجانب ، منهم الأستاذة بيولا كازيللى^(١) ومسينا^(٢) ووالتون^(٣) وبوايه^(٤) ، فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من أنصاره .

ويعزز الأستاذ بيولا كازيللى ، وهو من خصوم التنقيح ، رأيه بالحجج الآتية : (١) اذا أردنا أن نستند ، فى تنقيح القانون المدنى المصرى ، الى التشريعات الأوروبية التى قننت قبل الحرب ، فهى قوانين قد صيرتها الحرب قديمة عتيقة ، واذا أردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب ، فهى قوانين لم يطل بها العهد حتى تستقر ، ولم يمض عليها وقت كاف حتى نجزم بصلاحياتها (ونلاحظ هنا أن الأستاذ بيولا كازيللى كان يبدى هذا الرأى فى سنتى ١٩١٩ و ١٩٢١) . (٢) ليست عيوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذى تصوره النقاد عادة ، بل ان فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القانون الفرنسى نفسه فى بعض النواحي . (٣) ليس التنقيح بالأمر السهل ، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسى نفسه ، مع أن تقنينه أقدم من التقنين المصرى . وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى ، اذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة ، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية ، مع افساح جانب للشريعة الاسلامية اذ هى شريعة البلاد الأصلية ، وقد صار لها بين المصريين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا وأشد ثباتا وأقوى حجة . (٤) اذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى

(1) PIOLA CASELLI: *L'Egypte Contemporaine* 1919, No. 42; 1921 No. 57.

(2) MESSINA: *L'Egypte Contemporaine* 1921 No. 59.

(3) WALTON: *L'Egypte Contemporaine* 1916 No. 26 (voir aussi la note présentée par M. Walton à la Commission des Capitulations en 1920).

(4) BOYÉ: *L'Egypte Contemporaine* 1930, XXII (p. p. 27-29).

فلا بد من دخول القانون الانجليزى من هذا الباب ، ولا سبيل للتوفيق بين مبادئ هذا القانون ، وهو فردى النزعة ، يعطى القاضى أوسع الحرية ، ومبادئ القوانين اللاتينية التى هى أكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم .

ويضيف الأستاذ مسينا حجة أخرى ، فهو يرى أن تنقيح القوانين المصرية فى الوقت الحاضر سابق لأوانه . اذ يجب أن نعهد لها بدراسة هذه القوانين دراسة مستقلة فى ضوء القضاء المصرى حتى نصل بذلك الى تمصيرها .

أما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيح الشامل . وحبته فى ذلك أن هذا التنقيح التشريعى أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء ، فتفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر ، هذا الى أن التنقيح يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التى جدت بعد وضع القوانين المصرية .

وينصح الأستاذ بوايه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى تشريعا عصريا يعدل التقنين فى باب الالتزامات والعقود ، حتى يمهّد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط .

ونحن لا نرى فى حجج خصوم التنقيح ما يقنع ، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم فى غضونهما أن يتبين أثر هذه الحرب فى النظم القانونية . كما أن صعوبة التنقيح لا تصلح حجة للعدول عنه ، والا امتنع القيام بهذا العمل فى أى وقت رغما من ظهور الحاجة اليه . وترك الأمر للمحاكم المصرية ، تصلح من عيوب التشريع ، وتستعين فى ذلك بقواعد العدالة ، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين ، وعلينا أن نتلمس قانوننا فى قضاء المحاكم .

واذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعبّر بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون ، اذا قلنا ان التقنين المدبى المصرى فى أشد

الحاجة الى تنقيح شامل جامع ^(١) ، ولكن لا على أساس النقل الحرفى من القوانين الأوروبية ، بل على أساس آخر ، نبيته بعد أن نبسط الأسباب التى تدعونا الى القول بوجوب التنقيح .

الأسباب التى تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى : أما هذه الأسباب فترجعها الى أمرين : (أولا) كان التقنين المدنى المصرى فى وضعه صورة ممسوخة من التقنين الفرنسى ، تسرع واضعه فى صياغته ، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد ما يكفى للقيام بعمل متقن . وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى ، اذ ينقصه نحو النصف ، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية . وقد تعدد تعددا معيبا ، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم ، وتقنين آخر ، يختلف بعض الاختلاف عن الأول ، يطبق على المصريين والأجانب . (ثانيا) لا شك فى أن تقدم علم القانون المقارن ، والتشريعات الحديثة التى جدت منذ صدور القوانين المصرية ، يفيد كثيرا فى مراجعة التقنين المدنى المصرى . فكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الإسلامية ، وهى شريعة البلاد الأصلية ، ومن تجاربنا الخاصة التى نتلمسها فى قضائنا ، يمكننا أيضا أن نستفيد بضوء تجارب الأمم الأخرى . ولا شك فى أن رقى تشريعات هذه الأمم ، وتقدمها على التقنين الفرنسى تقدما محسوسا ، من الأسباب القوية التى تدعونا الى تنقيح تقنيننا ، حتى ندخل فيه ما استحدثت من النظم القانونية مما نراه صالحا لنا ، فنتمشى بذلك مع التطورات الحديثة فى علم القانون .

(١) يسرنا أن نسجل هنا تصريحاً لوزير الحقانية ، تضمنته الخطبة التى ألقاها فى عيد الاحتفال الخمسينى بالمحاكم الأهلية ، فقد جاء فيها ما يأتى : « أما من حيث التشريع ، فإن القوانين التى وضعت عند انشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتعديل ، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها ، وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها ، حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتقدمة ، وستؤلف لجنة خصيصا لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء » (انظر ص ٧ من الكتاب الذى تضمن الخطاب الذى ألقى فى هذا الاحتفال) .

وها نحن نتبسط في تفصيل كل من هذين الأمرين .

أولاً : عيوب التقنين المدنى المصرى

كيف وضعت التقنيات المصرية : لمحة تاريخية

عمومى هذا التاريخ : لا يزال تاريخ وضع التقنيات الأهلية غامضاً ، ويرجع ذلك الى أن واضعى هذه التقنيات لم يحرصوا على ترك أعمال تحضيرية للأجيال المقبلة ، يتبينون منها كيف وضعت .

كيف وضعت التقنيات المختلطة : وقد صيغت التقنيات الأهلية على مثال التقنيات المختلطة ، وهى فى أكثر أجزائها مجرد نقل عن هذه ، وإن كانت توجد بعض الفروق بينهما . على أن التقنيات المختلطة نفسها ليست لها أعمال تحضيرية ، وقد وضعها محام فرنسى ، اسمه الأستاذ مانورى (Manoury) ، كان مقياً فى الاسكندرية ، واتخذ نوبار سكرتيراً له ، ثم عينه بعد ذلك سكرتيراً للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف ، وهو مدون فى كثير من الكتب . والذى يستخلص من هذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجهاً الى الاتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وتحديد اختصاص هذه المحاكم . أما القوانين التى تطبق فلم تنل أية عناية من جانب الطرفين المتفاوضين ، وقد اكتفى بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنيات الفرنسية ، اذ كانت أكثر القوانين شيوعاً فى ذلك العهد ، وكانت الجالية الأجنبية فى مصر ، وأربعة أخماسها من اليونانيين والفرنسيين والاطاليين ، تؤثرها على غيرها من القوانين . هذا الى أن المشرع المصرى والمشرع العثمانى كانا قد نقلتا عن هذه التقنيات فى عهد سابقة ، لاسيما القانون التجارى ، وصار من المألوف الى حد كبير أن تطبق القوانين الفرنسية فى مصر .

من أين أخذت هذه التقنيات : وقد نقل واضع التقنيات المختلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد أن اختصرها اختصاراً مخلاً

فى كثير من المواضع ، وتقل فى بعض المسائل عن القضاء الفرنسى ، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ، وأخذ عن التقنين الايطالى الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ بعض النصوص .

ترجمتها الى اللغة العربية : وكلفت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين وبعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قدرى باشا وحسين فخرى باشا وبطرس غالى باشا) بترجمة التقنينات المختلطة الى اللغة العربية ، وكانت التقنينات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك ^(١) .

فوضى القضاء فى ذلك العصر : ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد الى اتقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى . وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى أمور القضاء الى جانب المحاكم الشرعية ، قبل انشاء المحاكم الأهلية ، وكيف كان العدل فيها ضائعا ، والفوضى مستحكمة . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى .

لجنة تحضير المحاكم الأهلية : ولا شك فى أن العصر الذى نتكلم عنه يعتبر بحق عصر « الاصلاح القضائى » فى مصر ، فقد كان الجو مشبعا بفكرة هذا الاصلاح ، وكان هم الحكومة المصرية هو أن تنفذ الخطة التى وضعتها لذلك ، فتألفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لأئحة لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب . وكان

(١) فترجم القانون المدنى الفرنسى وقاعة بك رافع وعبد الله بك وأحمد أفندى حلمى وعبد السلام أفندى أحمد . وترجم قانون المرافعات أبو السعود أفندى وحسن أفندى فهمى . وترجم قانون العقوبات قدرى باشا . وترجم قانون تحقيق الجنايات صالح محدى بك . وجمعت هذه التراجم وطبعت بالمطبعة الاثيرية فى سنة ١٢٨٣ هجرية .

بين أعضاء هذه اللجنة قاشر (Vacher) النائب العمومي لدى المحاكم المختلطة في ذلك الوقت ، وموريونديو (Moriondo) (وهو الذي تولى وضع القانون المدني ، وكان محاميا إيطاليا ، عين قاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، واستمر يتقلب في الوظائف القضائية حتى وصل الى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفي سنة ١٩١١) ، ولو (Law) من قضاة المحاكم المختلطة في ذلك الوقت ، وبطرس غالى^(١) وقد كان اذ ذاك وكيلا للحقانية . وكان المرحوم قدرى باشا ناظرا للحقانية في ذلك العهد ، وقد اشترك مع اللجنة في عملها . وتقيدت اللجنة بتقنيات المحاكم المختلطة ، الى حد أنها كادت تنقلها بحروفها ، على أنها أدخلت بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ . وقد كلف قاشير بوضع قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، وكلف موريونديو بوضع القانون المدني وقانون المرافعات ، واشترك قدرى باشا في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى .

لأئحة سنة ١٨٨١ : واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص الى وضع لأئحة لترتيب المحاكم الجديدة ، وقد صدرت هذه اللأئحة بالفعل في ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ . وعين على أثر صدورها النائب العمومي لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) وبعض رؤساء وأعضاء النيابة الأهلية .

الثورة العربية : ومن ذلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبتت قبل دخول الانجليز في مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا في ذلك الى حد تعيين أعضاء النيابة . ولو أن الثورة العربية أمهلتهم لأكلوا تنفيذها .

لأئحة سنة ١٨٨٣ : ولكن هذه الثورة مالم يثبت ان هدأت ، فرجعت الحكومة المصرية الى المضي في عملها ، وكان ناظر الحقانية حينئذ هو حسين

(١) وقد استرشدت اللجنة بأراء الشيخ البعراوى مفتى نظارة الحقانية في ذلك العهد في المسائل التي يرجع فيها الى أحكام الشريعة الاسلامية (انظر مذكرات الأستاذ صادق فهى بك في تاريخ القانون المدني المصرى ص ٢٨١ — ٢٨٤ . وقد قل هذه الوقائع من حديث له مع صاحب الثورة يوسف وهبه باشا الذى كان سكرتيرا لنظارة الحقانية في ذلك العهد ، ومع صاحب السعادة محمد صدق باشا الذى كان موظفا بقلم الترجمة بنظارة الحقانية) .

فخرى باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا ، وكانا متفائلين كل التفاؤل بالنتائج التى تجنى من وراء انشاء هذه « المحاكم المستجدة » ، الى حد أنها كانا يظنان أن هذه المحاكم لا تلبث أن تغنى عن المحاكم المختلطة بعد بضعة من الشهور^(١) . وفى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ صدرت لأئمة أخرى لترتيب المحاكم الأهلية غير اللائحة التى صدرت فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ ، وهى لا تشير الى اللائحة الأولى ، ولا يفهم منها أنها جاءت بعد لأئمة سابقة (الا فى النص الفرنسى ، وفى العنوان فقط ، حيث استعملت كلمة Réorganisation ومعناها إعادة التنظيم) ، لذلك كان أمر صدور اللائحة الأولى الذى يثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانونا قبل دخول الانكليز فى مصر ، غير معروف معرفة كافية فى الأوساط القانونية فى مصر . وتختلف اللائحة الثانية ، وهى المعمول بها حتى اليوم ، عن اللائحة الأولى فى بعض مسائل ، أهمها أن اللائحة الأولى كانت تنص على انشاء محكمة تميز (محكمة النقض والابرار) لم تنص عليها اللائحة الثانية ، ومنها أن السودان كان داخلا فى الاختصاص القضائى للمحاكم الأهلية بموجب اللائحة الأولى دون الثانية (اذ لم تكن ثورة المهدي قد شبت فى السودان) ، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف فى لأئمة عما هو فى الأخرى ، ومنها أن لأئمة سنة ١٨٨١ كانت تنص على انشاء محكمة ادارية تنظر

(١) وهذا نص الحديث الذى دار بين غرى باشا وشريف باشا فى هذا الصدد عند انعقاد مجلس النظار فى أواخر سنة ١٨٨٢ : غرى باشا : « لى أمل بأنه مع اعتدال محاكمنا الأهلية التى تنشأ على النظام الجديد ، وقيامها بحق واجباتها ، بموجب ذات القوانين المنبئة فى المحاكم المختلطة ، يتيسر للحكومة الاستغناء عن المحاكم المختلطة بمرهان عدم الحاجة إليها » . شريف باشا : « يلزمنا تشكيل محاكمنا الأهلية وانتظامها ، بحيث مع سيرها المنتظم ، يمكن الاستغناء عن المحاكم المختلطة بعد ثلاثة أو أربعة أشهر ، أولى من بقائها على الدوام ، ودوام المار علينا بوجود محاكم دولية » .

ويفهم من حديث غرى باشا أن قل التقنيات المختلطة كان مقصودا ، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية .

في قضايا الحكومة وقد جاءت لأئحة سنة ١٨٨٣ خلوا من ذلك .

التقنيات الستة الأهلية : ثم صدرت بعد ذلك التقنيات الستة التي

حضرت في العهد الأول (في سنة ١٨٨١) ، وكان صدورها سريعا ، عند ما أحس شريف باشا أنه معتزل الحكم لرفضه التخلي عن السودان ، وأن الإنجليز لا ينظرون بعين الرضاء الى محاكم أهلية تنشأ على النظام الفرنسي ، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها ، وهم يطمعون أن يدخلوا القانون الإنجليزي في هذا النظام الجديد ، حتى يسيطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة . فبادر فخرى باشا ، (وهو وقدرى بإشارجلان يجب أن يقرن اسمها بالمحاكم الأهلية) الى استصدار التقنيات الأهلية في أواخر سنة ١٨٨٣ ^(١) .

افتتاح المحاكم الأهلية : وفي يوم الاثنين ٣١ ديسمبر سنة ١٨٨٣ احتفل

توفيق باشا خديوى مصر بافتتاح محكمة استئناف مصر الأهلية ومحكمتها الابتدائية ، وحلف قضاة الاستئناف والنائب العمومى أمامه اليمين فى سراى عابدين ، وأعلن فخرى باشا فى سراى محكمة الاستئناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا فى نفس اليوم ^(٢) . و بعد ذلك ببضعة أيام سقطت وزارة شريف باشا .

(١) ومما هو جدير بالذكر أن التقنيات الأهلية وضعت أولا باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت بعد ذلك . وفى حديث صاحب الدولة يوسف وهبه باشا للأستاذ محمد صادق فهى بك (وهو الحديث الذى سبقت الإشارة إليه) أن يوسف وهبه باشا نفسه هو الذى كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا فى ذلك بترجمة القوانين المختلطة التى سبق ذكرها . وبعد أن أتم مهنته ، تشكلت لجنة من مصطفى رضوان بك (أحد تلاميذ رفاعه بك) ومحمد عبد السميع (من رجال القضاء) وأمين فكرى باشا (من أعضاء النيابة المختلطة) وقادرس بك إبراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم صدرت الاوامر بالقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقوانين الخمسة الأخرى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ .

(٢) ثم اقتضت بقية محاكم الوجه البحرى بعد ذلك بقليل . ولم تفتح المحاكم الأهلية فى الوجه القبلى الا فى سنة ١٨٨٩ ، وبافتتاحها أصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة فى جميع البلاد .

ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار أمرا واقعا^(١).

(١) ويقول مينار (Minnaert) (وهو قاض بلجيكي ، عين مستشارا في محكمة الاستئناف الأهلية في أول انشائها ، ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه « القاهرة والقضاء الدولى فى مصر » (Le Caire et la Justice Internationale en Egypte) فى كتابه ما يأتى : « . . . وظهر نشاط غير معتاد ، فاشتريت سراى للمحكمة ، وتمت التعيينات لمناصب القضاء فى سرعة تامة ، وصدر دكريتو فى ٣٠ ديسمبر يعلن افتتاح المحاكم فى الغد . فقد كان غرى باشا يحس الخطر . وقد سقطت وزارة شريف بعد ذلك بخمسة أيام . ولو لم يصبح انشاء المحاكم الأهلية حقيقة واقعة عند تولى نوبار باشا للوزارة ، لما أحجم هذا عن أن يحول دون افتتاحها ، مجاملة منه لانبجرتها ، ولأن هذه المحاكم ليست من عمله » . (الظر ص ٣٣٣ من الكتاب المذكور) .

ويذكر المؤلف فى كتابه كثيرا من الوقائع تدل على أن نوبار باشا ، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا ، أخذ يناهض المحاكم الأهلية الناشئة ، ويناصبها العداء . وقد أغمضت الانجائز أعينها عن ذلك ، حتى تسود الفوضى فى المحاكم الأهلية ، فتتولى هى أمر الرقابة عليها .

من ذلك أن نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستئناف ، لأنه أبى أن يسمع مرافعة باللغة الفرنسية من مندوب أوفده نوبار عن الحكومة المصرية ، وكانت حجة الرئيس فى ذلك أن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية ، فلا يجوز سماع المرافعات بغيرها ، ولم يسمح لمندوب الحكومة المصرية الا بتقديم مذكرة باللغة الفرنسية .

ومن ذلك أن دائرة من دوائر الاستئناف ، تحت رئاسة حسين واصف بك ، حكمت فى احدى القضايا ضد رجل أرمنى ، فذهب هذا يشكو لمواطنه نوبار ، فانتشرت الاشاعات بعد ذلك بقليل ، تدين أن رئيس الدائرة قد ارتشى ، وقد أبى نوبار أن يجرى تحقيقا فى هذه المسألة بعد أن طلب منه ذلك حسين واصف بك ، بل اكتفى بنقله الى المحاكم المختلطة ، فأبت هذه المحاكم قبوله قبل اجراء تحقيق يثبت براءته ، وترب على ذلك أن الرجل فقد منصبه فى المحاكم الأهلية ، ولم يحصل على منصب فى المحاكم المختلطة . ومما هو جدير بالذكر أن الحكم الذى أصدرته دائرة حسين واصف بك ، والذى اتهم فيه بالارتشاء ، أبدته دائرة أخرى من دوائر الاستئناف ، عند رفع الأمر اليها من طريق التماس اعادة النظر . ومن ذلك أن نوبار عين حاجيه مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية ! ! وكان هذا الحاجب عيناه على مستشارى المحكمة .

ونحن نحيل القارئ على هذا الكتاب الممتع ، فقد ورد فيه كثير من الوقائع الشيقة المتعلقة بانشاء المحاكم الأهلية ، والحامسة برجال ذلك العهد .

والذى يهمننا من التقنيات الستة المتقدمة الذكر هو التقنين المدنى . ولا شك فى أن هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل أن نسترسل فى بيان هذه العيوب ، نحب أن تقدم كلمة أنصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ ، فهما كان شأن العيوب التى نشير إليها — وهى جسيمة كما سنرى — فلا شك فى أن الجيل المصرى الذى تلقى هذا التقنين فى أواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فأعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، اذ أحست أنها تستقبل عهدا جديدا من الإصلاح . ولم يكن لأحد أن يؤمل انتقال البلاد طفرة واحدة الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية .

فقوانين « الإصلاح » المختلطة والأهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسوء الماضى ^(١) .

(١) وما يدل على أن الجيل الذى تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما تنقله هنا عن جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٢٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : « اصلاح قوانين المجالس المحلية : أقيمت علينا بشائر الإصلاح ، اذ ورد إلينا من مقام رسمى أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاءها ، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب . ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الإصلاحات التى أسستها هيئة الحكومة الحاضرة . فان اختلال القوانين واجالها وأبهامها ونقصها مما يؤدى لضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدى ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تبينت الحدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط ، وقل الخلط والخط . خصوصا اذا انتشرت القوانين ، وصارت فى أيدي العامة والخاصة يتداولونها ، ويدركون مغزى ما كتب بها . وقد كان الناس فى حرج وضيق صدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص ، حتى لا يكون لمدىم الدمة =

على أنه بعد أن اطمأنت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، وألفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون بالقانون يشعرون بما في القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق ، في أول عهده بهذا النظام ، أن يحسها . فالآن ، وفي ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالي ، وأظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا أن نكون أقسى في الحكم على هذا النظام ، وأن نتطلع الى مثل أدنى للكمال ، وألا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضي جهود .

لذلك يحق لنا أن نبين ، في شيء من الاسهاب ، عيوب تقنيننا المدني ، وندل على ما فيه من النقص ، متخذين في ذلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقي في العصر الحاضر . ولا تقتصر على معيار القانون الفرنسي ، فهو قانون عتيق ، قد ظهرت عيوبه للجميع .

— قدرة على محاولته . وهذه نظارة الحقانية أصدرت هذا المنشور للمرا كز المحلية ، تخبرهم أن ترتيب القوانين قد أشرف على التمام ، فتعجلوا بإنهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين ، كيلا يكون العمل اذ ذاك على توعين .

وهذا هو رأى الكثيرين ممن درسوا هذه المسألة : انظر ارمانجون في العيد المئتين للقانون المدني الفرنسي جزء ٢ ص ٧٤٧ — ثان أكر في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٩٦ — ويولا كازيللي في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٧ .

وقد دافع منشيني (في تقريره الذي قدمه لمجلس النواب الايطالي في سنة ١٨٧٥ من انشاء المحاكم المختلطة) عن تقييد مصر بالقوانين الفرنسية ، فذكر أن هذه القوانين ، مهما كانت معيبة ، قد جربت وأثبتت التجارب صلاحيتها ، وأنه خير لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة ، على أن تصالحها فيما بعد ، من أن تدفع الى الاخذ بقوانين جديدة لم تجرب .

وعيوب تقنيننا تناول الموضوع والشكل^(١).

عيوب التقنين المدني منه حيث الموضوع

يأبه هذه العيوب : يمكن القول أن تقنيننا المدني فيه نقص ، ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث يجب الإفاضة ، ثم هو

(١) وقد حمل كثير من الكتاب على التقنين المدني المصري ، وبينوا عيوبه ، ولكنهم اقتصروا في ذلك على الاجال دون التفصيل : انظر المرحوم فتحي زغلول في القانون المدني ص ٣ و ٥ — الأستاذ حلمي عيسى باشا في البيع ص ٤ وما بعدها — الأستاذ محمد صادق فهمي بك في تاريخ القانون المدني ص ٢٦١ — ٢٦٢ — هالتون جزء ١ كلمة تمهيدية ص ٢٠ — ٢١ — ارماتجون في العبد المثني لقانون المدني الفرنسي ص ٢ ص ٧٥٦ — مسينا في شرح القانون المدني المختلط ١ ص ٢٣ — ٢٤ و ص ٣٤ — ٣٥ — دي روزاس في الامتيازات الأجنبية طبعة ثانية جزء ٢ ص ٢٩٢ و ص ٤٣٩ — الأستاذ عبد السلام ذهني بك في مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة (باللغة الفرنسية) جزء ١ ص ٧٩ — هريروس في نقص التشريع المختلط في الكتاب الذهني لعبد الحسيني للمحاكم المختاطة ص ٤٤٣ وما بعدها — تقرير المستشار القضائي للحكومة المصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٨) .

على أننا لا نريد أن نغفل تقنيننا حقه ، فهو في بعض المسائل قد جرى ما أدخله القضاء والفقهاء من التعديل على التشريع الفرنسي ، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ١٤٧/٩٣) أدق من ترتيب التقنين الفرنسي . وجعله الحل والسبب ركنين في الالتزام (م ٩٤ — ١٤٨/٩٥ — ١٤٩) صحح خطأ المشرع الفرنسي الذي جعلهما ركنين في العقد . وفصله نظرية الالتزام عن نظرية العقد احتراز من خلط معيب وقع فيه التشريع الفرنسي . وقد أخذ مشرعنا عن القضاء الفرنسي (لا عن التشريع) بعض مسائل هامة ، نذكر منها عيوب الرضا (م ١٣٤ — ١٣٦/١٩٤ — ١٩٦) والهبة المستترة (م ٧٠/٤٨) ، والتضامن في المسئولية التقصيرية (م ٢١١/١٥٠) ، وجواز تعديل أجر الوكيل (م ٦٢٨/٥١٤) ، والمصاريف الفاحشة في بيع الوفاء (م ٤٣٠/٣٤٤) وحق امتياز المقاول من الباطن (م ٥٠٧/٤١٥) .

وقد عدد الأستاذ بيولا كازيللي (في مقاله المنشور بمجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٨) سبعة وأربعين مسألة تفصيلية ، نقلها عن كتاب الأستاذ والتون في الالتزامات ، وذكر أن الأستاذ والتون رأى أن التشريع المصري متقدم فيها عن التشريع الفرنسي .

يسترسل في التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، دون أن يتنبه الى ما أدخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة كان من الهين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان . وما كل هذا الا بعض ما يقال فى عيوب هذا التقنين .

النقص : أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لا تتناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية . وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا . فاذا تلمسناها فى قانون الأحوال الشخصية ، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادئ تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادئ القانون الفرنسى . فنقع فى حيرة وارتباك ، ونسائل أأراد المشرع أن يكل حل ما أغفله الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، أم الى مبادئ القانون الفرنسى ؟ أنطبق على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بالألا تركة الا بعد سداد الدين ، أم مبدأ القانون الفرنسى الذى ينقل الحقوق والديون الى الورثة ؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين ؟ وأى مسائل الهبة تطبق عليها أحكام الشريعة الاسلامية ، وأياها تنطبق عليه مبادئ القانون الفرنسى ؟ وأى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة ، أتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى ، أم تقادم القانون المدنى وهو خمسة عشر عاما ويكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام ، واذا كانت قد استقرت فى بعضها ، فهى متقلقلة فى البعض الآخر ، ولا يزال التشريع المصرى فى حاجة الى كثير من الوضوح والبيان ، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل .

ولكن معظم النقص الذى نشكو منه يرجع الى سبب آخر ، هو قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذى قطع مراحل علم القانون فى العصر الحاضر ، فهو منقول عن القانون الفرنسى ، والقانون الفرنسى وضع فى أول القرن التسامع

عشر . فلا يزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التي قطعها علم القانون في قرن وثلث قرن . وهذه أجيال طويلة ، ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه . وسنرى ، عند ما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه ، أن هناك مسائل كثيرة ، نحن في حاجة الى أن نأخذها لا من القانون الفرنسى العتيق ، بل من التشريعات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعا محكما . ونكتفى هنا بالإشارة الى بعض هذه الثغرات التي يجب أن نسدّها في تقنيننا . فهناك نظريات عامة ، قد استقرت في القانون ، وأصبحت تراثا لجميع الأمم ، لا نجد لها أثرا عندنا ، أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحي القانون ، وقانون للجسميات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقواعد لحماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية ، ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة في التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحالة الدين أسوة بحالة الحق ، وإقرار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة ، وبعقود الإذعان ، ونظرية التهديد المالى ، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، كل هذه نظريات لا حظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لا يجوز اغفالها في تشريع حديث ، يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون في هذه العصور الأخيرة . هذا الى أن تقنيننا ، في موضوع من أهم موضوعات القانون ، هو موضوع العقد ، وفي مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع ، هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا ، لا يفسره الا تقليد أعمى للقانون الفرنسى ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى في المزالق التي وقع فيها . وقد كتبنا عن هذه المسألة في كتاب الالتزامات (جزء أول فقرة ٢٣٥) ما يأتى : « ونلاحظ أن القانونين الفرنسى والمصرى لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد ، بل تركا الأمر للفقهاء والقضاء ، وذلك بخلاف التشريعات الحديثة ، كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشرع

الفرنسى الايطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، تبين كيف يصدر الايجاب ، ومتى يكون ملزما ، والى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين فى مجلس واحد .^(١)

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ادماجها فيه ، كقانون الشفعة ، وقانون التسجيل ، والقانون الخاص بطرح البحر وأكله ، وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل . كما توجد موضوعات مندمجة فى هذا التقنين ، يجب حذفها ، بعد أن بطل العمل بها ، كالغاروقة ، والوصية لمحل خيرى ، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ — ١٨ / ٣٧ — ٣٨) .

الفصول والافتنصاب : وتقنيننا المدنى فيه فصول من ناحية ، واقتضاب من ناحية أخرى . انظر اليه وهو يتكلم فى حق الانتفاع (م ١٣ — ٢٩ / ٢٩ — ٥٠) ، وفى الخلط والزوج (م ٩٢ / ٦٧) ، وفى الالتزامات التخيرية والبديلة (م ٩٦ — ١٥٠ / ١٠٠ — ١٥٤) ، وفى قواعد تفسير العقد (م ١٣٨ — ١٤٠ / ١٩٩ — ٢٠١) وفى النفقة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ — ١٥٧ / ٢١٦ — ٢٢٠) ، وفى كيفية تسليم المبيع (م ٢٧١ — ٢٩٩ / ٣٤٢ — ٣٧٣) ، أترى كيف يمتط النصوص مطا ، ويتعرض للسمن والغث ، دون تمييز بين أصل وفرع ، ودون أن يراعى أن كثيرا من هذه النصوص كنا فى غناء عنها بتطبيق القواعد العامة ، بل ان كثيرا منها لا يكاد يوجد له تطبيق فى الحياة العملية .

ثم انظر اليه وهو يستعرض أدق الموضوعات القانونية ، وأكبرها خطرا ،

(١) وقبل أن تترك هذا الموضوع نشير الى نقص التقنين المدنى فى أنه لم يضع طرقا صالحة فى تنظيم الاعسار ، فلا يوجد « افلاس مدنى » كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تقل يد المدين عن التصرف ، ويصنى أمواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصيبا بنسبة دينه .

وأبعدها أثرا في الحياة ، فيمر عليها مرا سريعا في عجلة واقتضاب وغموض . فهو يورد قواعد المسئولية التقصيرية في مواد لا تتجاوز الثلاث ، والاشتراط لمصلحة الغير في مادة واحدة لا يكاد القارئ يتبين منها الموضوع الذي تعرض له . أما الملكية في الشيوخ ، وأما تكوين العقد ، وأما التعهد عن الغير ، فلا يشير إليها بحرف ، كما يغفل نظرية النيابة في التعاقد ونظريات أخرى كثيرة أشرنا إليها فيما تقدم . كل هذا يجعل التناسب مختلا في تقنيننا ، وانعدام الاتساق من أظهر عيوبه .

وقد بالغ مشرعنا في الاقتضاب ، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجد لها ، فتأول لها ، ونتعسف في التأويل ، حتى نظفر باستخلاصها من النصوص بطريق منطقي ملتو . مثل ذلك تملك الحائز حسن النية للثمار ، ورد في هذه القاعدة نصوص صريحة في القانون الفرنسي ، أما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ٢٠٧/١٤٦) . كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر ، في تعريفه لحق الملكية (م ٢٧/١١) ، القيد الحكيم الذي أورده المشرع الفرنسي . وحذف النص القاضي بأن عبء اثبات السبب في الالتزام يقع على عاتق المدعى لا الدائن (م ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي) ، والنص الذي لا يجيز إثبات عكس المكتوب الا بكتابة (م ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي) ، وقس على ذلك كثيرا من النصوص .

الغموض : أما الغموض فتجده متفشيا في كثير من النصوص ، فلا يكاد المدقق يستطيع أن يحدد لها معنى . ويكفي أن تقرأ المادتين ١٣٧/١٩٨ ، ويقضى نصهما بأن « من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها ورفضها » ، حتى تقف حائرا ، لا تدري ما الذي يقصده مشرعنا من هذا القول ، أهو يتكلم عن رب العمل وحقه في اجازة عمل الفضولي ، أم هو يقصد التعهد عن الغير وحق هذا الغير في اقرار ما تم للتعهد به عنه ، أم هو لا يريد هذا ولا ذاك ، بل يعرض للاشتراط لمصلحة الغير ، وحق هذا الغير في اقرار ما اتفق

عليه المشترط والمتعهد لمصلحته ، أم يريد كل هذه الأشياء ، أو لا يريد شيئاً منها ، فالنص يتحملها جميعاً ، وهو لا ينصرف صريحاً الى أى منها . يكفى أن تقرأ هذا النص ، حتى تدرك أن مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير فى نص قانونى يعتبره فقهاء القانون المصرى أساساً تشريعياً لقاعدة خطيرة ، هى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . بل هو الأساس القانونى الوحيد لنظام اقتصادى يعد بحق من الدعامات الأساسية التى تقوم عليها الحياة الاقتصادية ، وهو نظام التأمين . ليس لدينا فى هذه الناحية الا هذا النص الوحيد ، وهو نص كما رأيت مضطرب قلق غامض . ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسى ، فإن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد القرض الخاص بالتعهد عن الغير ، ويبقى النص متحملاً للفرضين الآخرين ، على أن هذا القرض الذى يقضى الأصل الفرنسى باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى ، كالأستاذ دى هلتس ، من يرى قصر المعنى عليه وحده دون غيره من الفروض .

ثم اقرأ بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ٢٠٤/١٤٣) ، ودعوى استعمال حقوق المدين (م ٢٠٢/١٤١) ، والالتزام الطبيعى (م ٢٠٨/١٤٧) ، والنصوص الواردة فى نظرية محل الالتزام (م ١٤٩/٩٥) ، وفى نظرية السبب (م ١٤٨/٩٤) ، ونظرية الحيازة (م ١٠٢/٧٦) ، والغلط فى عقد الصلح (م ٦٥٧/٥٣٥) ، والشرط الجزائى (م ١٥٢/٩٨) ، والتضامن (م ١٠٩ - ١٦٥/١١٥ - ١٧١) ، وعمل القضولى والاثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) ، ألت تراها حائرة قلقة ، يشيع فيها جو من الغموض والابهام ، لا يكاد يخلص منه المتمعن الى معنى ثابت مستقر ، الا اذا نظر الى مراجع هذه النصوص من الفقه الفرنسى لتتيرله السبيل ، حتى اذا عاد الى قراءتها فى هذا الضوء الجديد ، رأى الأخطاء ظاهرة ، وأحس الألفاظ ممسوخة مشوهة ، والمعانى تقسر عليها قسراً ، فلا توانيها الا بعد كثير من الحدس والتخمين .

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم ، فى استرداد الحقوق المتنازع فيها ، عن

مشتري يشترى حقا متنازعا فيه منعاً لحصول دعوى (م ٤٤٣/٣٥٥) ، وفي عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة في القضية التي وقع بها الصلح (م ٥٣٨/٦٦٠) ، أليست هذه النصوص وأمثالها تحتاج في فهمها وإدراك مرماها الى كثير من الخيال ، بل الى شيء من التنجيم !

تقليد القانون الفرنسي : وتقليد مشرعنا للقانون الفرنسي تقليداً أعمى هي الظاهرة التي تسود كل التشريع المصري . فكثير من النصوص المعيبة لا يفسر ما وقع فيها من العيب الا أنها مجرد تقليد للأصل . فلا يزال للعقار في التشريع المصري شأن غير شأن المنقول ، ونحن في هذا نحكي صدى المشرع الفرنسي في سنة ١٨٠٤ ، وقد تلقينا القواعد الفرنسية في هذا الموضوع كما هي مسطورة في قانون الفرنسيين . وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة ، نقلناها بتناقضها واضطرابها . فالمادتان ١٩٥/١٣٥ تقضيان بأن الاكراه يكون موجبا لبطلان العقد ، اذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (يقصد الوسط من الناس) ، مع مراعاة من العاقد وحالته والذكورة والأنوثة . ففي هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للاكراه ، معيار مادي ومعيار شخصي . ولا يفسر هذا الخلط الا خلط مثله وقع فيه المشرع الفرنسي (انظر م ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي) ، وقد أساء فهم ما قرره بوتييه في هذا الصدد مما هو معروف في كتب الفقه الفرنسي . فيكون المشرع المصري قد نقل من المشرع الفرنسي حتى الأغلاط التي وقع فيها . وكذلك نرى المادتين ٥٨٨/٤٨٠ تقضيان بأن صاحب الايراد المرتب طول الحياة ليس له الا التنفيذ بإيراده ، في حالة عدم وفاء المدين ، ولا يستطيع أن يفسخ العقد . وفي هذا خروج غريب على القواعد العامة ، نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي دون تدبر .

ونجد المشرع المصري من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية ، وقد كان يمكنه الأخذ عنها في بعض موضوعات هامة ، جاءت مبادئها فيها أرقى من

مبادئ القانون الفرنسى . وعذره فى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قريبة المنال وقت وضع التشريع . ولكن هذا العذر اذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

التناقض : ثم ان تشريعنا المدنى لا يكاد يضع القاعدة حتى يأتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١١٣ / ١٦٩ يقرر أن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٢٩٤ من هذا القانون) . ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ، ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه ، فيقضى فى المادتين ٢٠١ / ٢٦٥ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المتضامين بقدر حصتهم فى الدين . ثم هو يحمل المشتري تبعة هلاك المثلثات (م ٢٤١ / ٣٠٧) ، متبعا فى ذلك حكم القانون الفرنسى فى هلاك الشيء المبيع . ولكنه ينسى ذلك ، فيقرر فى موضع آخر (م ٢٩٧ / ٣٧١) أن تبعة هلاك الشيء المبيع تكون على البائع لا على المشتري ، متبعا فى ذلك حكم الشريعة الاسلامية ، والحكمان متناقضان ولا يصح الجمع بينهما . ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة ، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٣٧ / ١٩٨) ثم لا يلبث أن يقرر أن « المشارطات » لا تترتب عليها منفعة عاقيديها (م ١٤١ / ٢٠٢) . كذلك يقرر قانوننا فى المقايضة حكما غريبا يخرج به على القواعد العامة ، ويناقض فيه المبادئ المقررة فى البيع دون سبب معقول ، اذ يقضى بأن المقايض اذا استحق فى يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذى أعطاه اذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر ، وبقي فى يد هذا الأخير خمس سنوات من يوم المقايضة (م ٣٥٩) . ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن فى عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٢٧٠ / ٢٠٦) ، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة فى التقادم المكسب ، مع أن الأمر واحد فى الحالتين .

ثم هل نحن فى حاجة للإشارة الى ذلك التناقض الذى وقع فى نصوص

القانون المدني بعد صدور د ك ر يتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، فأصبح نص المادتين ١٢٥/١٨٥ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ ، وبقى نص المادتين ٤٧٨/٥٨٢ يرفع هذا الحد الى ١٢ ٪ .

ولا ننسى ما يقع في بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأهلي والمختلط ، مما يكون سببا في اضطراب المعاملات ، وقد يدعو الى تدخل المشرع في بعض الأحيان . ففي الحوالة يشترط القانون الأهلي رضا المدين (م ٣٤٩) . ويكتفى القانون المختلط بإعلانه بالحوالة (م ٤٣٦) . وفي بيع الوفاء يجعل القانون الأهلي أقصى المدة التي يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١) ، ويقصرها القانون المختلط على سنتين (م ٤٢٦) . وفي بيع الشيء المستقبل لا يمنع القانون الأهلي بيع المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم القانون المختلط ذلك (م ٣٣٠) . وهناك أحكام في المقايضة وردت في القانون الأهلي وأغفلها القانون المختلط ، منها النص الغريب الذي ورد في المادة ٣٥٩ والذي سبقت الإشارة إليه . وقد كان القانون الأهلي لا يقرر حق الشرب ولا حق المسيل ويقرر حق المجرى بالقدر الضروري (م ٣٢ — ٣٣) ، ويجعل الاختصاص للجنة إدارية في تقدير التعويض . أما القانون المختلط فقد كان لا يقرر حق الشرب ولا المجرى ولا المسيل ، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ يقرر حق المجرى والمسيل دون الشرب ، ولا يعطى اختصاصا لأية لجنة إدارية . ومن هنا تضاربت النصوص ، وتعارضت جهات الاختصاص في هذه المسألة التي تعد على جانب كبير من الأهمية في بلد زراعية .

فما العمل أمام هذا التناقض في الأحكام ؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا إذا كان مصريا ، واشترط على المشتري وهو مصري مثله ، أن يسترد في خمس سنوات ، وباع المشتري العين لأجنبي بعد ثلاث سنوات ؟ أنطبق القانون الأهلي فنجيز الاسترداد لأن مدة خمس السنوات لم تنقض ، أم نطبق القانون المختلط فلا نجز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع ؟ وقس على هذا الاشكال الاشكالات الأخرى التي يمكن أن تنجم من هذه الأحكام المتباينة المتناقضة .

الخطأ : واذا أضفنا الى هذا التناقض ما وقع فيه مشرعنا من أخطاء فاضحة ، عجبنا كيف لا يتنزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الجسيمة . فالمرع المصرى يغفل أهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة ، وهو شرط حسن النية ، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ١٠٢/٧٦) . ويعرف الشرط ، بأنه أمر مستقبل أو غير محقق (م ١٥٧/١٠٣) ، وهذا خطأ بين ، فالشرط يجمع بين الاستقبال وعدم التحقيق . ومشرعنا ينقل عن الشريعة الاسلامية حكم بيع المريض مرض الموت (م ٢٥٥-٢٥٦ / ٣٣١ - ٣٣٢) ، فلا يكون أمينا فى النقل ، اذ يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به ، والشريعة الاسلامية تقرر عكس ذلك ، وينظر الى مال البائع وقت البيع ، والشريعة الاسلامية لا تنظر اليه الا وقت الموت . وهو فى تقريره أحكام النفقات نسى أن هذه الأحكام انما تخضع لقانون الأحوال الشخصية ، فقرر أحكاما غريبة قلها عن القانون الفرنسى ، وهى تتنافر كل التنافر مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م ٢١٨/١٥٦) ، بل تنفق أيضا على زوجة أبى زوجها (م ٢١٧/١٥٥) ، وهذا غاية التخبط . وقد دعا هذا الخلط الغريب أكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هذه النصوص « حروفا ميتة » لا يعمل بها . وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية أيضا ويخالفها ، كالغبن فى بيع عقار القاصر ، فان البيع يكون باطلا فى الشريعة الاسلامية ، أما القانون المصرى فيكتفى باعطاء القاصر دعوى بتسكلة الثمن . ويخطئ المشرع المصرى كذلك فى تقرير أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ٢٦٨/٣٣٨) . فهى انما تنتقل بالتعيين . ويزعم واضع التقنين المختلط أن القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥) ، وهذا خطأ صححه القانون الأهلى (م ٤٥٧) وقضاء المحاكم المختلطة .

ويوجد عدا ذلك فى التشريع المصرى أخطاء كثيرة ، نكتفى بالاشارة

إليها^(١).

هذه أمثلة على ما في تشريعنا المدني من عيوب فاضحة . فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول ، وبين الغموض والاضطراب ، ويتقسمه التناقض والخطأ ، وهو بعد عديم التماسق ، وليس الا تقليداً أعى لقانون أصبح الآن تشريعاً غثيقاً عاجزاً عن مسايرة الزمن .

عيوب التقنين المدني منه حيث الشكل

بيانه هذه العيوب : وليست العيوب الشكلية بأقل وضوحاً وأضعف أثراً في تشويه تشريعنا المدني . وهي عيوب كثيرة متنوعة . نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتيبه ، وما يرجع الى تعدد لغاته ، ونضيف الى ذلك عدم الدقة في التعبير القانوني ، وضعف الأسلوب ، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسي ، وما وقع فيها من أخطاء فاضحة .

التبويب والترتيب : أما عن تبويب تقنيننا المصري ، فمعروف أن هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات . وهو يبوبها في أربعة كتب . وهذا التبويب وإن كان أدق علمياً من تبويب القانون الفرنسي ، إلا أنه لا يزال معيباً . فقد وضعت الأموال والحقوق العينية في كتاب ، مع أن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء ، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية ، وجعل كل منهما في كتاب مستقل . ثم وضعت الالتزامات في كتاب ثان ، واختصت العقود المعنية بكتاب ثالث ، مع أن هذه داخلة في الالتزامات ، وكان الأولى ضمها معاً في كتاب واحد . وفي الكتاب الرابع ، وقد عنون بحقوق البائنين ، أورد المشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية ، وقد حشر فيه موضوع اثبات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقلم الكتاب في

(١) أنظر مثلاً على ذلك م ١٥٢/٩٨ وم ٢٢٥/١٦٢ وم ٢٧٣/٢٠٩ (مقارنة بالمادتين ٦٠١ مقرة ثلاثة ٧٢٧ مقرة ثانية) وم ٢٧٤/٢١٠ وم ٢٧٦/٢١٢ .

المحاكم وبالتسجيل . وكان الأولى وضع نظرية عامة للاثبات ، سواء تعلقت بحقوق عينية أو بحقوق شخصية ، وتقريب هذه النظرية من نظرية اشتهار الحقوق العينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة . وليس في تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحي القانون ، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الغبن وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك . وسنقترح فيما يلى تبويبا للتقنين يكون أقرب للدقة العلمية من هذا التبويب ، مسترشدين فى ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى .

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام . بل توجد عيوب كثيرة متفشية فى الترتيب التفصيلى لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة . فقد وضعت قيود الملكية ، فى الكتاب الأول ، فى باب حقوق الارتفاق وسميت باسمها ، وهذا عيب تجنبه المشرعان الألمانى والسويسرى . ولم ترتب أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا . ووضعت القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند للملكية فى الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب الملكية ، والفرق جسيم بين أن يملك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة . وقد عاد المشرع الى الإشارة للقاعدة نفسها فى مكان آخر غير مناسب أيضا ، هو الباب الذى خصصه لاثبات الحقوق العينية فى الكتاب الأخير (انظر م ٧٣٤/٦٠٨) . ولا نرى أثرا للملكية فى الشيوع ولا للقسمة الا عند الكلام على الشركات وفى قانون المرافعات (انظر م ٧١١/٦٢١ من قانون المرافعات) . وبعد ان فصل المشرع بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، مخالفا فى ذلك التقنين الفرنسى أورد أحكاما عن ايقاف سريان المدة فى التقادم المكسب وتناول فيها التقادم المسقط . ويخلط المشرع فى باب واحد من الكتاب الثانى بين الالتزامات التى يكون مصدرها قاعدة الاثراء بلا سبب والالتزامات التى يكون مصدرها العمل الضار . ويبتدىء الكتاب الثانى فى الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام فى ذاته ، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة ، وينتقل فى الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام ، ويعود بعد ذلك فى الباب الخامس

الى تكملة نظرية الالتزام . وفي الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق في باب البيع مع أنها نظرية عامة تشمل البيع وغيره ، وكان مكانها الطبيعي في نظرية الالتزامات . ثم يجمع المشرع في باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وأرباب الصنائع ، مع أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد ، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل . ويتكلم المشرع على الحراسة في باب الوديعة ، وكان الأولى وضعها في قانون المرافعات . ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمينات الأخرى ، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة . والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحيازة وعقد الرهن الرسمي ، فيضع الأول في الكتاب الثالث مع العقود المعينة ، ويضع الثاني في الكتاب الرابع مع حقوق الدئنين . ويجمع في الكتاب الرابع ما بين التأمينات واثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب واحد .

تعدد لغة التشريع : وهناك غير نقص التبويب عيب آخر في الشكل يرجع الى الظروف التي وضع فيها تشريعنا . فقد قدمنا أن المشرع المصري وضع تشريعه باللغة الفرنسية في الأصل . وقد ترجم التشريع بعد ذلك الى اللغة العربية ، واعتبرت هذه الترجمة هي النص الرسمي ، ومن ذلك وجد عندنا نصان : نص أصلي ونص رسمي . وكلاهما مضطرب . وكان الاضطراب في واحد منهما كافيا لابقاعنا في الحيرة ، فما بالك وقد اجتماعا ، وكل منهما يرجع اليه ، ويقارن بالآخر ، فيزيد الاضطراب والغموض . أضف الى ذلك أن مترجم النص الفرنسي لم يكن دقيقا في ترجمته ، وكثيرا ما شوه المعنى الذي ينقله ، فضلا عن تشويهه اللغة التي ينقل اليها ، وسنورد أمثلة على ذلك فيما يلي .

ويكفي هنا أن نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربي والفرنسي ، وحارت الناس بأي نص تأخذ . ففي التدليس (م ١٣٦ أهلى) يقضى النص

العربي بأن يكون صادرا من أحد المتعاقدين ، ولا يشترط النص الفرنسي ذلك . وفي اعذار المدين (م ١٢٠ أهلى) يقرر النص العربي أن يكون الانذار رسميا ، ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك . وفي الوفاء مع الحلول (م ١٦٢ أهلى) لا يشير النص العربي صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم ، ويصرح النص الفرنسي بذلك . وهناك المواد ٨٤ و ٨٥ (وهما خاصتان بإيقاف سريان المدة) و ١٣٤ (وهى خاصة بالغلط) و ٢٧٠ (وهى خاصة بتسجيل عقد البيع) و ٤٦٢ (وهى خاصة باسترداد الحصة الشائعة) ، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها الفرنسية .

ففى مثل هذه المسائل الهامة ، أناخذ بالنص الفرنسي لأنه النص الأصلي ، وهذا هو رأى فريق من فقهاءنا ومحكمنا ، أم نأخذ بالنص العربي لأنه النص الرسمى ، وهذا رأى فريق آخر ، أم نأخذ فى كل مسألة بالنص الذى نرى أنه أكثر اتفاقا مع غرض المشرع ، فنأخذ فى التدليس وفى ايقاف سريان المدة وفى الغلط وفى استرداد الحصة الشائعة بالنص الفرنسي ، وفى الأعذار وفى الوفاء مع الحلول وفى التسجيل بالنص العربى ، وهذا هو الرأى الذى نذهب اليه مشكلة لا تزال نعالجها ، حتى يتبها لنا الخلاص من هذا القانون ذى اللغتين المتناقضتين .

التعبير والأسلوب : وإلى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى ، وضعف الأسلوب ، والاسفاف الى العامى من الألفاظ . لا ننكر أن لغة قانوننا ، اذا قيست بلغة العهود الماضية ، تعد على درجة كبيرة من الرقى ^(١) . ولكننا

(١) ويكفى أن تقرأ شيئا من القوانين التى كانت تصدر فى تلك العهود لتتحقق من ذلك . ولنقدم مثلا واحدا من آلاف الأمثلة : نصا من لائحة مجلس الأحكام المعروف فى تاريخ القضاء المصرى ، وقد قضى البند السادس من الارادة السنية الصادرة لرئاسة مجلس الأحكام المصرية فى ٥ ربيع الآخر سنة ١٢٦٥ بما يأتى : « من حيث انه على موجب هذه اللائحة ، كل من كان مقيم بمحل مأموريته ، لأجل أجرا مقتضاها ، فلا يوافق شربهم الخان ، ولا يحضروا أيضا بشبوكاتهم الى دواوينهم ، وان كان أحدا (كذا) من =

لا نرجع الى الماضي ، بل نتطلع الى المستقبل . واذا أردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا ودقته ، وجب أن نقيسه بمقيار راق ، نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذا التشريع ، فنتوقى هذه العيوب الكثيرة التي آن لنا أن نشير الى بعض منها .

فمن أمثلة عدم الدقة في استعمال التعبير القانوني أن واضع النص العربي يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالالغاء . فيقول في المادة ٤٨ أهلى : « والا كانت الهبة لاغية » . ويقول في المادة ٥٣ : « والا كان الوقف لاغيا » ، وفي المادة ٤٦٠ : « والا كان العمل لاغيا » وهكذا . ويسمى الالتزام (obligation) بالتعهد ، مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام مصدره العقد أو الارادة المنفردة .

ويترجم العمل القانوني (acte) بالفعل (انظر م ١٤٣ أهلى) ، والفرق كبير بين العمل القانوني والفعل المادى . ويترجم المقايضة (échange) بالمعاوضة ، وهذا لفظ غير دقيق ، فالبيع عقد معاوضة ولكنه ليس بمقايضة .

أما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الألفاظ ، فالأمثلة كثيرة ، نذكر منها ترجمة الدولة « بالميرى ^(١) » . والاستيلاء « بوضع اليد ^(٢) » . والالتصاق « بإضافة الملحقات للملك ^(٣) » . والدائن « بالمدين ^(٤) » . وترجمت عبارة

= أرباب المجلس يريد شرب قهوة ودخان ، فيتوجه الى الاودة القريبة التي سيصير تمينها ، وبعد الشرب يعود للمجلس » .

هذا نموذج من التشريع في ذلك العصر أسلوبا وموضوعا . فانظر الى هذه اللوثة التي اعتقد أصحابها أنها تمت الى العربية بصلة . ثم تأمل موضوع هذا النص ، وكيف تنزل « الارادة السنية » الى الخوض في أمر تافه ، يكفى اليوم فيه صدور « تعليمات ادارية » من أصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة . ولا شك أن لغة تشريعنا الحاضر ، اذا قورنت بلغة تلك اليهود ، تعتبر معجزة من آيات البيان .

(١) Etat : انظر م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤ أهلى .

(٢) occupation : م ٤٤ .

(٣) accession : م ٤٤ .

(٤) créancier : م ٥٣ و ١٦٤ و ١٦٨ و ٤٦٠ و ٤٦١ .

(ما لا يفترض ^(١)) بحملة ركنية غير صحيحة وهي ، « لا يحكم فيه بالظن » .
 ويتكلم واضع النص العربي عن الوفاء بميعاد لائق ^(٢) ، ويريد الوفاء في ميعاد
 لائق . ويترجم المبالغ المدفوعة ^(٣) « بالمدفوعات » ويقول : « من حيثية ^(٤) » ،
 وهو يريد أن يقول : من حيث . ويترجم المحامين « بالأثوكاتية ^(٥) » ، والأجر
 « بالماهية ^(٦) » ، والعقد « بالمشاركة ^(٧) » . ويقول : « في جميع المواد ما عدا
 التجارية ^(٨) » ، وهو يقصد أن يقول « في جميع المواد ما عدا المواد التجارية ،
 أو ما عدا ما كان منها تجاريا » . ويعبر عن التزام البائع « بملزومية البائع ^(٩) » ،
 ويكرر لفظ « الملزومية » هذه في نصوص أخرى ^(١٠) . وكثيرا ما يقول :
 « يتحصل » و « يستحصل ^(١١) » بدلا من « يحصل » . ويعبر عن السيد
 يستقدم الخادم استقدا ما خاصا ، بأن السيد « قد استحضر (الخادم)
 بالخصوص ^(١٢) » . ويتكلم عن يسجل تسجيلا منتظا فيقول : « من سجل
 بموافقة الأصول ^(١٣) » .

(١) ce qui ne se présume pas : وهي العبارة الواردة في آخر المادة ١١٤ .

(٢) أنظر م ١٦٨ .

(٣) payments : م ١٧٢ .

(٤) أنظر م ٢٠٥ .

(٥) م ٢٠٩ .

(٦) م ٢٠٩ .

(٧) م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٢٦٠ .

(٨) م ٢١٥ .

(٩) م ٣٠٢ .

(١٠) أنظر مثلا م ٤٦٠ .

(١١) أنظر م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦

و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩ .

(١٢) م ٤٠٣ .

(١٣) م ٦٢٠ .

أما الغموض وعدم الأمانة في الترجمة فلا يقل عن الركائز وضعف الأسلوب . ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤٤ أ. هـ . وهذا هو نصها الفرنسي :

“L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite.”

والترجمة الصحيحة هي : « لا يوجد الالتزام الا اذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع » . أما واضع النص العربي فترجم المادة كما يأتي : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » . فأدخل في ترجمته لفظ « العقود » ولا أثر لهذا اللفظ في الأصل ، فأفسد بذلك على واضع النص الفرنسي غرضه ، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا في الالتزام لا في العقد ، حتى يصحح بذلك خطأ وقع فيه المشرع الفرنسي . وعبر عن وجود الالتزام « بصحته » ، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق « بالسبب الصحيح » وهذه ترجمة غير دقيقة ، فان السبب لا يكون صحيحا الا اذا كان محققا ومشروعا .

وانظر الى المادة ١٣٤ ، ونصها الفرنسي ما يأتي :

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا : « الغلط يبطل الرضاء ، اذا وقع في الناحية الرئيسية التي اعتبرت في الشيء عند التعاقد » . ولكن واضع النص العربي ترجمها بما يأتي : « الغلط موجب لبطلان الرضاء ، متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد » . وهذه ترجمة غير دقيقة ، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسي . وتزيد جسامه هذا العيب في الترجمة ، اذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسي أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية في الغلط ، ويأخذ بنظرية (الغلط النافع) التي أخذ بها القضاء الفرنسي . ولا يمكن أن نستخلص هذا ، على ما له من خطر ، من النص العربي ، فهو نص يتعثر بين الغموض وعدم الدقة ، ولا يكاد يفيد شيئا .

ثم انظر الى المادة ١٣٥ ، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يكون شديدا « بحيث يؤثر في شخص مستقيم الادراك » (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربى هذه العبارة بما يأتى : « بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز » .

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد أسلفنا أنها آية في الابهام . وهذا هو نصها الفرنسى :

Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de confirmer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويمكن ترجمة النص بما يأتى : « اذا اشترط شخص للغير ، دون توكيل ، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو يرفض الاعتراف به » . وهذه ترجمة اذا كانت مبهمة فذلك يرجع الى أن الأصل ذاته غامض ، اذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولى أو الى الاشتراط لمصلحة الغير . فجاء المترجم وزاد هذا الغموض ابهاما ، اذ وضع النص العربى كما يأتى : « من عقدت على ذمتها مشاركة ، بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فأصبح النص العربى يتحمل — عدا عمل الفضولى والاشتراط لمصلحة الغير — التعهد عن الغير أيضا . فان « من عقدت على ذمتها مشاركة » قد يكون فى هذه « المشاركة » دائئا أو مدينا . هذا الى عدم الدقة فى ترجمة الاقرار (confirmer) « بالقبول » .

ثم اقرأ نص المادة ٢٠٩ ، وهذا هو : « البالغ المستحقة للأطباء وللاطوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقا ، ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجاراتهم الخ الخ » ، ألا يروى لك هذا الغموض الخيم على العبارة من أولها الى آخرها ، فهى تكاد تكون لغزا يتعب الفكر فى حله . وواضع هذا النص يريد أن يقول أن البالغ المستحقة للأطباء والمحامين والمهندسين أجرا على عملهم ، وكذلك البالغ المستحقة للباعة ثمنا لما باعوه ، سواء تعاملوا مع غير محترف بالتجارة ، أو مع تاجر فى غير شؤونه التجارية . . .

وترجم النص الفرنسى للمادة ٢٦٥ : « Lorsque le vendeur aura vendu : comme sienne une chose qu'il saura ne pas lui appartenir ... » بما يأتى : « أما اذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ... » فأين هذه الترجمة من الأصل ، وكيف يتسنى لنا أن نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالماً بأن الشيء المبيع غير مملوك له ، كما نقرأ ذلك صراحة فى النص الفرنسى .

وحذف المترجم ، فى ترجمة المادة ٤٦٢ ، لفظاً اختل بحذفه المعنى . فالنص الفرنسى يجيز للشركاء الأصليين فى الشروع أن يستردوا حصة شائعة باعها أحدهم . أما الترجمة العربية لهذا النص فتغفل كلمة « الأصليين » ، ويصبح للشركاء فى الشروع ، أصليين كانوا أو غير أصليين ، حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع .

وترجمت عبارة « الكفالة القضائية » (caution judiciaire) الواردة فى المادة ٤٩٩ « بالكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم » ، وهى عبارة مضطربة مبهمه .

ويطول بنا الأمر لو تعقبنا مشرعنا المصرى فى غموضه وعدم دقته . ويمكن أن نشير الى بعض النصوص كالواد ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١ و ٣٦٢ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفى بعضها حذف ، وفى البعض الآخر زيادة ، وفى أكثرهما غموض واضطراب يفسد المعنى ، أو يجعله مغلقاً عسير الفهم .

الخطأ فى الترجمة : على أن الأمر يزيد خطورة اذا جاوز المترجم عدم الدقة فى الترجمة الى الوقوع فى أخطاء جوهرية .

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ فى نصهما العربى لا يكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسى . فان المادة ٨٤ تنص على أنه « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مقنود الأهلية شرعاً » . وهذا هو أصلها الفرنسى :

La prescription acquisitive, en matière immobilière, ne court pas contre ceux qui sont légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على أنه لا تسرى كذلك « على مققود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات ». وهذا هو الأصل الفرنسي :

Aucune autre prescription de plus de cinq années, ne court contre ces mêmes incapables.

ففي المادة ٨٤ ترجمت عبارة « مضى المدة المكسب » (prescription acquisitive) بعبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » ، مع أن مضى المدة المكسب قد يكون بالمدة الطويلة أو بالمدة القصيرة . وفي المادة ٨٥ أعاد المترجم عبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » وأراد بها هذه المرة « مضى المدة المسقط » ، والفرق واضح بين العبارتين . وقد ترتب على هذا الخلط الشنيع أن فسد المعنى في النص العربي فسادا تاما . فمن يقرأ هذا النص يحسب أن المشرع يريد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، إذا كانت مدته طويلة ، طبقا للمادة ٨٤ . ثم يقف حائرا بعد ذلك في تفسير المادة ٨٥ ، فهي تقتض نوعا من التقادم المكسب ، مدته أزيد من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة ، يقف سريانه كذلك . فأين هو هذا النوع من التقادم ؟ الواقع أنه غير موجود ، وأن النص العربي للمادتين ٨٤ و ٨٥ وقع فيه خطأ فاضح . ومن يرجع للأصل الفرنسي يرى أن المشرع المصري قد أراد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، سواء كان طويلا أو قصيرا ، أما التقادم المسقط فلا يوقفه إلا إذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربي المضطرب السقيم ؟

وترجمت عبارة « محل الالتزام » (objet de l'obligation) الواردة في المادة ٩٥ بعبارة « الغرض من التعهد » . وترجمة « المحل » « بالغرض » ترجمة مشوهة ، لا تجعل النص مفهوما ، وتخلط ما بين المحل والسبب ، إذ السبب هو الغرض الذي يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه . فمن يفهم « الغرض من التعهد »

بمعنى « سبب الالتزام » ، لا يكون متعسفا في الفهم . ومع ذلك فان المشرع أراد أن يذكر الحل لا السبب .

ونذكر مثالا أخيرا هو المادة ١٣٦ . واليك النص الفرنسي لهذه المادة :

Le dol vicie le consentement quand les manœuvres *pratiques contre la partie* sont telles que, sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هي : « يفسد التدليس الرضاء ، اذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث أنه لولاها لما رضى » . وظاهر أن المشرع لا يشترط أن تكون الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين صادرة من المتعاقد الآخر . وقد كان في هذا متقدما على المشرع الفرنسي تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسي (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العتيقة الموروثة عن القانون الروماني ، وأوجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر . فانظر بعد ذلك الى ما فعله مترجمنا ، وكيف أفسد على المشرع المصري غرضه ، اذ ترجم النص المتقدم بما يأتي : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ، بحيث لولاها لما رضى » . فأوجب بذلك أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر ، وعاد الى الحكم المنتقد الذي أراد مشرعنا أن يهجره . واعجب لهذه الصدفة العمياء التي قضت علينا أن نقع فيما أردنا التخلص منه ، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لا يحتسب ، في ذيل هذا الخطأ الشنيع الذي وقع فيه مترجمنا ، فينعكس عليه غرضه ، ويلتوى به قصده ، ويترجم كلامه مشوها ممسوخا .

ثانيا : تقدم التشريعات الحديثة

حركة التقنين في العالم : نعتقد أن ما عددناه من عيوب تشريعنا كاف للإقناع بوجوب تنقيحه ، فاذا أضفنا الى ذلك أنه في غضون الحسين من الأعوام التي مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات أجنبية تفضل من وجوه كثيرة

التشريع الفرنسى الذى نقلنا عنه ، فالفرصة اذن سانحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهى ثمرة تجارب أمم عظيمة ، ما يتلاءم مع حالتنا ، تبين لنا الى أى حد نحن فى حاجة الى هذا التنقيح .
وسندكر فى مكان آخر كيف يمكن أن نستفيد من هذه التشريعات .
ونكتفى هنا بوصف حركة التقنين فى العالم ، ونقف عند التقنيات الهامة التى صدرت بعد تقنيناتنا .

يمكن القول ان القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين . فما كاد يظهر التقنين الفرنسى فى أول ذلك القرن حتى تلتته تقنينات كثيرة فى أنحاء مختلفة من العالم . فظهر التقنين النمساوى فى سنة ١٨١٢ . ونقلت ايطاليا وهولندا ورومانيا واسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسى . وكذلك فعلت اليابان فى سنة ١٨٩٦ .

ثم صدر التقنين الألمانى وصار نافذا فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٩١٢ ، وأعيد النظر فى التقنين النمساوى فى أول سنى الحرب الكبرى (سنة ١٩١٤ الى سنة ١٩١٦) ، وكذلك التقنين البرازيلى فى سنة ١٩١٦ ، وتقنين السوفيت فى سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصينى فى سنتى ١٩٢٩ و ١٩٣٠ ، والتقنين اللبنانى فى سنة ١٩٣٢ .

هذا الى مشروعات تقنين كثيرة أهمها المشروع الفرنسى الايطالى والمشروع البولونى والمشروع التشيكوسلوفاكى .

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة فى العصر الحاضر الى طوائف أربع :
(أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسى العتيق والمشروع الفرنسى الايطالى الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة فى هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية ، ويمثلها القانون الألمانى والقانون السويسرى . (ثالثا) القانون الانجليزى . (رابعا) الشريعة الاسلامية .

أما الشريعة الاسلامية فسنعقد لها بحثا خاصا فيما يلى ، نبين فيه الى أى حد

أخذ مشرعنا منها والى أى حد يمكنه أن يأخذ . ولما كان القانون الانجليزى غريبا عنا ولم نألفه ، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا ، لذلك نغفله فى بحثنا هذا . وتبقى القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ، نأخذ من الأولى أهمها وهما القانون الالماني والقانون السويسرى ، ونأخذ من الثانية أحدثها وهو المشروع الفرنسى الإيطالى . وهذه هى الجديرة بأن تكون محلا للنظر اذا أردنا أن نستفيد من حركة التقنين الحديثة .

ونحن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنيات الثلاثة .

١ - القانون الالماني

تاريخ وضع التقنين الالماني : يعد القانون الالماني أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث . ولعل كلمة « الضخامة » هى اللفظ الذى يتفق مع الطابع الالماني . فيكاد يكون كل شئ لهم ضخما . رزقوا الضخامة فى العلم وفى الصناعة وفى الحرب وفى السياسة وفى التشريع ، وامتازوا بالضخامة حتى فى اللغة ، وحتى فى الجسم . والقانون الالماني خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، وهو يبرز من الناحية الفقهية أى قانون آخر ، فقد اتبع طريقة تعتبر من أدق الطرق العلمية وأقربها للمنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فان تعقيد الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشئ عن منحى الحياة العملية ، وجعله مطلق التركيب عسر الفهم .

وقد كان القانون الرومانى ، باسم قانون البندكت (Pandectes) ، هو الذى يطبق فى البلاد الألمانية ، قبل صدور هذا التقنين . وكانت العادات الجرمانية تطبق أيضا الى جانب القانون الرومانى . وقد صدرت مجموعات مقننة فى بعض البلاد الجرمانية ترجع الى عهد بعيد ، أهمها التقنين البروسى المعروف باسم قانون فردريك الأكبر ، بدأ تحضيره فى سنة ١٧٤٦ ولكنه لم يعمل به الا فى سنة ١٧٩٤ . وكذلك القانون النمساوى الذى عمل به فى سنة ١٨١٢ ، وهو

القانون الذي عدل في السنين الأولى من الحرب الكبرى كما سبقت الإشارة الى ذلك .

ثم قام في أوائل القرن التاسع عشر فقيه ألماني معروف (Thibault) ، ينادى بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فقام في وجه الفقيه الألماني الكبير سافيني (Savigny) ، زعيم المدرسة التاريخية في القانون ، وناهضه مناهضة عنيفة ، محتجاً بأن القانون لا يجوز تقنينه ، اذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضي عليه بالجمود . ونجح سافيني فيما دعا اليه . فأخر بذلك التقنين الألماني دهراً طويلاً .

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تحمد ، بل أخذت تنتشر في شيء من البطء ، ثم نشطت حركتها على أثر تقرير شيء من الوحدة الامبراطورية الألمانية في منتصف القرن التاسع عشر . وعند ما تكوّن اتحاد الشمال الألماني وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات اختصاص ضيق لهذا الاتحاد . ثم تألّفت في سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الألمان والنمساويين (Juristentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) .

ولما توحدت الامبراطورية الألمانية في سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدني من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) في سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدني . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من أحد عشر عضواً ، كلهم من الفقهاء والقضاة ، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص في موضوع من موضوعات القانون وكل اليه ، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد في الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص في سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت في عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فأخرجت « المشروع الأول » للقانون الألماني . ونشر هذا المشروع رسمياً للاستفتاء في سنة ١٨٨٨ . فتولاه الرأي العام بالتحريض والنقد ، ونشرت أبحاث كثيرة

متنوعة ، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة ، كتبها المشتغلون بالقانون في ألمانيا يبحثون فيها المشروع المعروض للاستفتاء من جميع نواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لفته أقرب للفقهاء منها الى التشريع ، وأن نفوذ القانون الروماني متغلغل فيه ، ومن أجل هذا قام في وجهه جييرك (Gierke) ، الفقيه الألماني المعروف ، وكان من أكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية اذ هي قوانين البلاد الأصلية ، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الروماني الدخيل في التقنين الجديد .

فشكل مجلس البوندسرات في سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضوا ، جمعت الى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هذه اللجنة أساسا لعملها « المشروع الأول » ، وأخذت في تعديله . وكما أنجزت جزءا نشرته للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثاني » في سنة ١٨٩٥ . ثم عادت اللجنة الى مراجعة هذا المشروع في ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذي قامت به ، فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثاني المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات في يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد أن تخفف من نزعته الفقهية وزاومت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الروماني . فنظر فيه هذا المجلس ، وأحاله ، وقد أصبح « مشروعا رابعا » ، على مجلس الريشتاج (Reichstag) .

واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها في طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هي دون تعديل حتى لا يختل تناسقها . وألف مجلس الريشتاج لجنة مثلت فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه اللجنة ما رأت من التعديلات في حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك سببا في سهولة وسرعة موافقة المجلس على المشروع ، اذ وافق عليه في أول يولييه سنة ١٨٩٦ . وفي ١٤ يولييه من السنة نفسها ، وافق عليه مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا . ثم ختمه الامبراطور في ١٨ أغسطس سنة ١٨٩٦ ، وأصدره في ٢٤ أغسطس

سنة ١٨٩٦ ، على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .
 هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألمانى . نرى منه قدر العناية التى بذلها الألمان فيه . فقد صرفت اللجان والمجالس المختلفة فى دراسته أكثر من عشرين عاما .
 وتحضير هذا التقنين يمتاز بما يأتى : (١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه ، حتى صار محكما دقيقا . وقد جمع خلاصة الفقه الألمانى فى أرقى مراحل (٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية . (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلها ، مما ساعد على تحصيله تمحيصا دقيقا وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستفيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

ترتيب التقنين الألمانى : أما ترتيب هذا التقنين ، فقد احتذى واضعوه فيه مثل البانديكت الرومانية ، فجاء فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص وبالشئ وبالعقل القانونى ، وانتهت بأحكام فى مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الألمانى عند الكلام فى الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية سوء استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الأخرى ، فالأثنان الأخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقى من نظرية الالتزام . والثانى عرض للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

تقدير هذا التقنين : ولا شك في أن هناك كثيرا من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات في التقنين الألماني ، والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدني . وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية ، التي قامت بترجمة القانون الألماني الى اللغة الفرنسية والتعليق عليه ، هذا القسم من التقنين تقديرا كبيرا من ناحية القانون المقارن ^(١) .

وقدر التقنين الألماني تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الاستاذ جودمييه (Gaudemet) ، في مقاله المنشور في كتاب العيد المئني للقانون الفرنسي ^(٢) ، عن هذا التقنين ما يأتي : « ظهر التقنين الألماني ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، كخلاصة نفيسة للنتاج التي وصل اليها الفقه الألماني في غضون القرن التاسع عشر ، سواء في دائرة البانديكت (القانون الروماني) أو في دائرة القانون الجرمانى الخاص . ولكن كثير من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التي تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألماني ، كما قيل عن التقنين الفرنسي ، انه تشريع مغرق في نزعته « البرجوازية » ، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح الا مكانا ضيقا للأفكار الحديثة ، التي تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعي » .

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث انه جمع خلاصة الفقه القانوني في القرن التاسع عشر ، قال ما يأتي : « وله ، الى جانب مزاياه التي لا نزاع فيها ، عيوب لا تقل عنها تحقيرا . فهو عمل نظري في جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقیل لا يستمرأ ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألماني أن يضع حلا لكل شيء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا في هذا بصناعة سار فيها الى أبعد شوط . واذا كان قد نجح

(١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء أول ص ٢٥ — ٢٦ .

(٢) جزء ٢ ص ٩٦٩ .

في هذا بعض النجاح ، فقد خسر في سبيل هذا النجاح مزيقي الوضوح والتزعة العملية . ولا شك في أن العمل جليل يلى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقها أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة ^(١) .

ب - القانون السويسرى

ترتيب هذا التقنين : ينقسم القانون السويسرى الى قسمين منفصلين أحدهما عن الآخر . الأول القانون المدنى ويشتمل على أربعة كتب ، أحدها فى الأشخاص الحقيقية والاعتبارية ، والثانى فى قانون الأسرة ، والثالث فى الميراث والوصية ، والرابع فى الحقوق العينية . والقسم الثانى فى قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة أبواب ، أولها يضع نظرية عامة للالتزامات ومصادرها ، والثانى يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم فى العقود والأوراق والدفاتر التجارية . ومن ذلك نرى أن المشرع السويسرى يدمج القانون التجارى فى قانون الالتزامات ، ويفصل ما بين الالتزامات وبقية أجزاء القانون المدنى . والسبب فى ذلك يرجع الى اعتبارات تاريخية ، لا الى طريقة علمية قصد اتباعها .

تاريخ وضعه : وذلك أن جمهورية الاتحاد السويسرى فكرت أول الأمر فى تقنين تشريعاتها التجارية . فشككت لجنة فى سنة ١٨٦٣ من بعض أساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجارى وضعه أحد أعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . وكان يشمل القانون التجارى وبعض قانون الالتزامات . ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشه هذا المشروع ، فاقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الالتزامات الى جانب القانون التجارى . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة فى سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألمانى ، الذى سبقت الاشارة اليه ، أساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد لجمهورية الاتحاد السويسرى فى سنة ١٨٧٣ ، يعطى

(١) انظر جوسران ١ ص ٥٢ — انظر أيضا رأى الأستاذ والتون فى مقاله المنشور

بمجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ — ١٨٤ .

هيئة التشريع المركزية حق التشريع في مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل في المنقول . فكان من ذلك أن أمكن المضي في تهذيب مشروع سنة ١٨٧١ ، وجعله شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجاري ، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية ، اذ أن هذا داخل في اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

فقدم الأستاذ فيك Fick ، بعد موت الأستاذ منتسجر ، مشروعه الأول في سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الاساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء في سنة ١٨٧٧ . ثم أعادت بحثة مرة ثانية ، بعد زيادة في أعضاء اللجنة ، فبسّطت من عبارته ، وزادت في وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية في سنة ١٨٧٩ ، فأعادته لمراجعته في بعض أجزائه ثم وافقت عليه جملة واحدة في سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لا تخل بتناسق التقنين وقد عمل به من أول يناير سنة ١٨٨٣ وهذا هو قانون الالتزامات السويسري في صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم أن السبب في فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدني يرجع الى اعتبارات دستورية . فقد رأينا أن دستور سنة ١٨٧٣ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية في جمهورية الاتحاد حق التشريع الا في المسائل التجارية وفي موضوع الالتزامات ، فصدر التشريع المركزي مقصورا على هذه الموضوعات . ولما روجع دستور الاتحاد في سنة ١٨٩٨ أعطيت الحكومة المركزية حق التشريع في جميع مسائل القانون المدني . فاعتزمت الحكومة على تكملة التقنين المدني ، وعلى مراجعة قانون الالتزامات في الوقت ذاته ، لسرعة تطور التشريع في العصور الحديثة (١) .

(١) فإذا كان السويسريون قد أحسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يمس عليه أكثر من خمسة وعشرين عاما ، مع أنه صدر في نفس الوقت الذي صدر فيه تقنيننا (سنة ١٨٨١ وسنة ١٨٨٣) ، وكان وضعه أكثر دقة وأشد احكاما ، فما أحوجنا اليوم ، وقد مضى على القانون المصري خمسون عاما ، الى هذه المراجعة .

فبدأ الأستاذ (Huber) بوضع مشروع للقانون المدني يكمل قانون الالتزامات . ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات ، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدني . وأحيل المشروع على لجان مشكلة من بعض الأساتذة والقضاة . وعرضاً بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية . فأقرت هذه الهيئة القانون المدني منفصلاً عنه قانون الالتزامات في سنة ١٩٠٧ ، وتقرر أن يعمل بهذا القانون في أول يناير سنة ١٩١٢ .

ثم شكلت لجنة جديدة ، من أساتذة وقضاة أيضاً ، لاعادة مراجعة المشروع المعدل لقانون الالتزامات ، فقدمت اللجنة مشروعاً نهائياً الى الهيئة التشريعية في سنة ١٩٠٩ ، فأقرته هذه الهيئة في سنة ١٩١١ ، على أن يعمل به هو والقانون المدني معاً في أول يناير سنة ١٩١٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسري في صورته الحاضرة .

وقد بقي منفصلاً عن القانون المدني كما كان الأمر من قبل ، لأن مراجعته لم تكن كاملة ، بل بقي الجزء الخاص بالقانون التجاري على حاله كما كان في سنة ١٨٨٣ ، اذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدني في سنة ١٩١٢ . ويقول السويسريون ، تبريراً لعدم توحيد القانون المدني ، ان قانون الالتزامات (وقد اكتفى بجعله الكتاب الخامس ، مكملًا بذلك كتب القانون المدني الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد ألقت الناس الإشارة الى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع بقاؤه منفصلاً انفصالاً مادياً محضاً^(١) .

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسري صدر بلغات ثلاث ، الألمانية والفرنسية والإيطالية ، وكلها لغات رسمية للقانون . وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها .

(١) انظر شنيدر وفيك في قانون الالتزامات السويسري ص ٧ — و تقرير لجنة المجلس التشريعي الاتحادي في وثائق هذا المجلس سنة ١٩١١ المجلد الأول ص ٦٩٩ .

ونحن اذا عرضنا لسكيفية تحضير التقنيات الحديثة ، فذلك لنستخلص منها دروسا نافعة ، نستفيد منها في وضع نظام للاجراءات التي يحسن اتباعها في مراجعة تشريعنا . ويلفت النظر في تاريخ تحضير التقنين السويسرى أن هذا التقنين قام على أكتاف الأساتذة ، بل ان الذى كان يضع المشروعات الأولى هو أستاذ واحد (منتسبجر — فيك — هوبر) ، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من أساتذة وقضاة . وهذا يختلف عن تحضير التقنين الألمانى ، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا ، وقام بوضع نصوص المشروع الأول أحد عشر شخصا لا شخص واحد .

وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى ، وهو من عمل الأساتذة ، عملا فقها ، فاذا به ذو صبغة عملية بارزة ، كما سنبين ذلك . أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك في تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة ، وقد سلفت الإشارة إليها .

تقريره : يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتفاير بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع الى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق ، ثم يضم الى كل ذلك الجودة والتمشى مع أحدث النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألمانى من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا في انتشاره انتشارا سريعا . وأصبح شأنه من حيث الذبوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسى في القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة ، وآثرته على جميع التقنيات الغربية عند ما أرادت الانتقال من الشريعة الإسلامية الى التشريع الأوروبى . ولا شك في أن هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا أخذها من هذا التقنين عند مراجعة تشريعنا .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم ، لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Rosset) ^(١) : « قد استمددنا القانون المدني السويسري من مصادر هي مصادرنا . وقد استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مدينا لأى من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما الا فى بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منهما . ويمكن القول ان تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، اذ أنه حقا تشريع سويسرى قبل كل شيء . » وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وان كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك في هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب . فيرى الأستاذ جودمييه أن التقنين السويسرى قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصيفته العملية السائدة ، وقد حقق ، بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، الى أقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطى ^(٢) . ويرى الأستاذ جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى ، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض ، بل ترك للقاضى وللفقيه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد واكتفى بتقرير المبادئ العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون ^(٣) . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح

(١) القانون المدني السويسرى — لوزان ص ٨ — ٩ .

(٢) المقال المنشور فى كتاب العيد المئتين للقانون الفرنسى جزء ٢ ص ٩٦٩ — ٩٧٠ .

(٣) جوسران ١ فقرة ٥٣ .

أسلوبه ، وصيغته العملية^(١)

ج - المشروع الفرنسي الايطالى

تاريخ وضع : المشروع الفرنسي الايطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانونا . ولكن مع ذلك صار موضوعا لدراسات متعددة . اذ هو خلاصة القوانين اللاتينية ، جددت حتى صارت تماشى العصر . وهو يصلح أن يكون مشروعا لمراجعة القانون الفرنسي والقانون الايطالى والقوانين اللاتينية الأخرى . فأصبحت دراسته عنصرا من عناصر القانون المقارن . ويوضع عادة رمزا للروح اللاتينية ، الى جانب القانونين الألمانى والسويسرى رمز الروح الجرمانية .

بدأ وضع المشروع فى أواخر الحرب العظمى ، فى سنة ١٩١٨ ، اذ قام الأستاذ شيالويا (Scialoja) ، الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد القانونين الفرنسي والايطالى ، ليكون ذلك أساسا لتوحيد القانون فى أكثر بلاد العالم . فلقى من الأساتذة الفرنسيين ، لا سيما الأستاذ لارنود (Larnaude) عميد كلية القانون بباريس فى ذلك الوقت ، ترحيبا بدعوته . وألفت لجننتان ، احدهما فرنسية برئاسة الأستاذ لارنود ، والأخرى ايطالية برئاسة الأستاذ شيالويا . وكان أعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين وأعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين . واتفقت اللجنتان على أن يبدأ عملهما بقانونى الالتزامات والعقود .

وتحولت اللجنة الايطالية الى لجنة رسمية ، واختصت بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة . أما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة ، واختصت بآثار الالتزام وطرق اثباته ، ثم تحولت بعد ذلك الى لجنة رسمية . وما لبثت اللجنة الايطالية أن حلت محلها لجان متعاقبة ، تكمل كل لجنة أعمال سابقتها .

وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية ، بعد أن أصبحتا رسميتين ، تعملان ،

(١) مجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ وص ١٨٤ .

وتتصل احدها بالأخرى ، اما بطريق اجتماعات دورية أو بطريق المراسلة أو ايفاد مندوبين ، حتى انتهت من عملها . فأتت مشروع تقنين فى موضوع الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وأرفق به تقرير تفسيرى ، وقدم للحكومتين فى سنة ١٩٢٨ .

ترتيبه : فالمشروع مقصور اذن على الالتزامات والعقود . ويضع الباب الأول منه نظرية عامة للالتزامات ، وهو مقسم الى ستة فصول ، تبحث فى مصادر الالتزامات وآثارها والالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . ويعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، عقد كل باب منها لعقد من العقود المينة ، فبسط المشروع أحكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (hôtellerie) ورهن الحيازة فى المنقول وفى العقار والكفالة .

تقريره : والمطلع على المشروع لا يسهه الا أن يعجب بالمجهود الكبير الذى قام به واضعوه . فقد كلفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثا . فخرجوا بعمل تشريعى يستوقف النظر ، ويكسب القوانين اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنينين الفرنسى والايطالى اللذين يراد به أن يحل محلها . ولا شك فى أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عند ما نريد مراجعة تشريعنا ، اذ هو نواة صالحة لمراجعة ما كان مصدره لاتينيا من القوانين ، كقانوننا المصرى . وقد ذهب البعض الى حد أن اقترح اتخاذ المشروع برمته قانونا فى مصر ، نعدل به قانوننا فى الالتزامات وفى العقود ^(١) . ونحن وان كنا لا نذهب

(١) أنظر محاضرة الأستاذ بوايه (Boyé) للنشورة فى مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ٢٨ — ص ٢٩ . ويشير الأستاذ بوايه ، فى محاضرة أخرى ، باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى مصدرا تشتق منه المحاكم مبادئ القانون الطبيعى والعدالة .

الى هذا الحد ، لا نشك في امكان الاستفادة من المشروع الفرنسى الايطالى عند مراجعة تشريعنا الحاضر . فقد توخى في وضعه قدر كبير من الدقة ، وأدخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة .

واليك ما يقوله واضعو المشروع في التقرير التفسيري الذى أرفقوا به مشروعاتهم : « لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، أرقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فأوجدوا بذلك أول نموذج جدى لما يمكن أن يكون عليه ، فى المستقبل القريب أو البعيد ، قانون خاص جديد لأوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الأمم ، أو بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية ، بل ومن أمم أخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القوانين الخاص ، وأوجدنا أول أساس قوى لقانون عالمى مشترك ^(١) » .

وقد اقتبس واضعو المشروع ، كما يذكرون فى تقريرهم ^(٢) ، بعض الأحكام من القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والقانون البرازيلى وغيرها من القوانين الأخرى ، حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة فى العالم .

والظاهر أن المشروع كان له صدى واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية . فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذها تشريعا لها . واتخذته ألبانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وتتبعه بلاد أخرى باهتمام كبير ، كاليونان وپولونيا ويوجوسلافيا وباكجيك وأمريكا اللاتينية . والسرفى نجاحه ، على ما يظهر ، يرجع الى أنه محافظ على الروح اللاتينية

(١) ص ٣٥ من التقرير .

(٢) ص ٣٧ من التقرير .

في بساطتها ووضوحها ، وهو يتمشى في الوقت ذاته مع النظريات الحديثة . وقد وصل الأستاذ بوايه (Boyé) من الغلو في تقديره الى حد أن فضله على التقنين السويسري من حيث الدقة والتحديد ^(١) .

على أننا نرى أن المشروع الفرنسي الايطالى ، وهو في ذلك ككل عمل تشريعى يرمى الى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة في تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى الى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، اذ يحتفظ بالروح اللاتينية الى حد جعله يضحي من أجل الاحتفاظ بها التمشي مع روح التقدم الحديثة في بعض النواحي ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا في التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى الى أن تأخذ به الأمتان . من ذلك أنه لا يعترف بحالة الدين كما اعترف بحالة الحق ، وهو يجارى في ذلك القانونين الفرنسي والايطالى . ويحتفظ ببعض أغلاط في القانون الفرنسي ، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك الا رغبة واضعى المشروع ألا يحدثوا تغييرات كثيرة في التشريعات الحاضرة ^(٢) . ولم تفت ملاحظة هذه النزعة الرجعية بعض من اشتركوا في وضع المشروع ^(٣) .

(١) أنظر محاضراته المشار اليها في مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ١٨ .

(٢) أنظر مثلا لذلك المادة ١٩ من المشروع ، وهي خاصة بالاكراه . يقع هذا النص في نفس التناقض الذى وقعت فيه المادة ١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، من حيث جمعته بين المعيار المادى والمعيار الشخصى للاكراه . ويرتكب الخطأ الذى ارتكبه المشرع الفرنسى في المادة ١١٣ من تعدادة أشخاصا معينين يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤثرا في ارادة المتعاقد ، وان كان قد أفسح المجال لبعض الشيء لتقدير القاضى .

(٣) من ذلك ما يقوله الأستاذ ريبير (Riport) : « لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، أو تسجيل كل الأفكار التى جسدت في موضوع الالتزامات في غضون القرن الماضى وأول القرن الحاضر بخصوص تشريعية . وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلاد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة ، التى أخذت بها التشريعات الاجنبية أو القضاء ، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، في هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو أنها لا تقسح مجالا للتقدم . »

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية في التشريعات الحاضرة^(١).

أهمية الرجوع الى التقنيات الحديثة : يتبين مما تقدم أهمية الرجوع الى التقنيات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدنى ، فمنها نستطيع أن نستخلص أحدث النظريات القانونية ، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا . وسنشير الى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذى تبنى عليه المراجعة .

والذى يهمنا هنا أن نؤكد أنه هو أن التقنيات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا ، يجعل القانون الفرنسى العتيق ، والقانون المصرى معه ، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذى نعيش فيه .

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو اذن سبب آخر ، يضاف الى السبب الأول ، ويدعونا الى التعجيل بتنقيح قانوننا المدنى .

= فالاتفاق على ابقاء الموجود أسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك أمعن المشروع الفرنسى الايطالى فى نزعة المحافظة أكثر مما يجب فى كثير من المسائل . ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق الا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض أنه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا » (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفوردنو فى المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥) .

(١) أنظر التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٧ — ص ٤١ .

§ ٢

على أى أساس يكون تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع : لا يكفى أن نشير بتنقيح القانون المدنى ، بل يجب أن نبين على أى أساس يكون هذا التنقيح . ونحن نورد ما يعن لنا من رأى فى هذا الموضوع الدقيق . وحسبنا أن نفتح الباب لمناقشة هذه المسألة بما تقتضيه من دقة وتعمق ، فإن خطر الأمر يتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر ، فليس تنقيح تقنين ، لا سيما اذا كان هو التقنين المدنى ، بالأمر الهين . لذلك نتقدم بملاحظاتنا فى هذا الموضوع فى شىء من التهييب . ولا نقصد الا أن نضع الأمر تحت أعين رجال القانون ، ليروا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص .

وقبل أن نحدد الأسس التى يبنى عليها تنقيح قانوننا المدنى ، نحب أن نتقدم بأمر يجب أن يكون التفكير فيه سابقا على كل تفكير . فإن تنقيح القانون المدنى لا يكون ذا قيمة فى نظرنا ، الا اذا تم لنا من هذا التنقيح تقنين مدنى كامل موحد .

ادماج الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى : نريد تقنيننا كاملا ، فلا معنى لشطر القانون شطرين ، بين معاملات وأحوال شخصية . فالتقنين الجديد يجب أن يكون شاملا لكل المسائل التى يحتوئها القانون المدنى الكامل . ولا نقصد بهذا أن ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الفرعية . بل يجب أن يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الاسلامية ، مع جعله ملائما لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، فيكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية ، يخضع له جميع المصريين ، مع احترام العقائد الدينية وعدم المساس بها . فنحن اذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى أن نتقص من سلطان الشريعة الاسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان الى دائرة المعاملات نفسها . ولكننا نريد أن

نحصل على مزية التقنين في جميع تشريعنا المدني . أما في الحالة الحاضرة ، فلا تزال نصف قانوننا المدني غير مقنن . ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة الاسلامية يجب البحث عنها في بطون كتب الفقهاء ، مع أن تقنينها أمر ليس بالصعب ، بل هو أمر قد تم بالفعل ، وقد قام به الأتراك رسميا في «مجلتهم» المشهورة . وقام به قد من المصريين هو المرحوم محمد قدير باشا ، فوضع كتابا قيمة يقنن فيها أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية وفي المعاملات وفي الوقف . فلتقنين الشريعة الاسلامية اذن سوابق معروفة . ولا نذهب بعيدا ، فان المشرع المصري قد قنن بالفعل بعض أحكامها في شكل تشريعات خاصة ، أدمج بعضها في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبقي البعض الآخر منفصلا ^(١) . فلماذا لا نقوم بالعمل كاملا ، ونتولى ، بمناسبة تنقيح القانون المدني ، تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين في هذه المسائل ما يكون أكثر اتفاقا مع روح العصر ، دون أن نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقنين أحكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانوني شامل ، نحس جميعا أن البلاد متعطشة له . بل هو لا يكون اصلاحا فحسب ، اذ نحب أن تكون الأحكام التي نقنها من الشريعة الاسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصريين . واذا اقتضى الأمر أن نقنن أحكاما خاصة بغير المسلمين ، أمكن ادماج هذه الأحكام في تقنين الأحوال الشخصية على أن يقتصر تطبيقها على غير المسلمين . وهذا يخلص لنا تقنين مدني كامل ، معروف بالأحكام ، بسين السبيل .

(١) وقد ألفت حكومة الجزائر ، من مدة طويلة ، لجنة لتبحث في امكان تقنين أحكام الشريعة الاسلامية . فاختلفت الآراء ، وأشار البعض بالتقنين ، وأشار البعض الآخر بعكس ذلك . ولكن الظاهر أن هناك ظروفًا خاصة ببلاد الجزائر ، كان لها أثر كبير في هذا الاختلاف . فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يخشون ، اذا قننت أحكام الشريعة الاسلامية ، أن يتوطد سلطان هذه الأحكام ، ويصعب بعد ذلك منافسة أحكام القانون الفرنسي لها . (أنظر الوثائق التي نشرتها حكومة الجزائر في سنة ١٩٠٦ تحت عنوان : مشروع تقنين الشريعة الاسلامية : الجزائر سنة ١٩٠٦) .

وادماج أحكام الأحوال الشخصية في التقنين المدني لا يعنى حتماً أدماج المحاكم الشرعية والمجالس المالية والمجالس الحسبية في المحاكم الأهلية ، وأن كان ذلك مما يرغب فيه كل مصرى يجب اصلاح القضاء في بلاده . ولكن اذا فرض أن هذا الاصلاح لم يقدر له أن يتم الآن ، فانه من الممكن فصل فكرة توحيد التقنين عن فكرة توحيد المحاكم . واذا أعوزنا أن تكون لنا محكمة واحدة ، فلا أقل من أن يكون لنا قانون واحد . وهذا القانون تطبقه المحاكم المختلفة ، كل محكمة في دائرة اختصاصها ، فالمحاكم الشرعية والمجالس المالية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد ، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها ، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات . وتبقى الحال كذلك حتى يحين الوقت الذى تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية في جهة واحدة ، ونرجو أن يكون قريباً .

توحيد التقنين الأهلى والمختلط : وكما نريد تقنيننا كاملاً يشمل الأحوال

الشخصية الى جانب المعاملات ، نريده كذلك موحداً يطبق على جميع سكان مصر ، من مصريين وأجانب . فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية ، وتقنين آخر للمحاكم المختلطة . فان اختلاف القوانين في المسألة الواحدة ليس من شأنه الا ايجاد الفوضى والاضطراب في المعاملات ، وقد سبقت الإشارة الى الضرر الذى ينجم عن ذلك ، عند الكلام في وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط . وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدني ، فان فقهاء كباراً من غير المصريين ينعون على التشريع المصرى عدم التوحيد ، واليك ما يقوله الأستاذ ارمانجون في هذا الصدد : « والناحية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة في القوانين المختلطة والقوانين الأهلية . واذا كانت هذه مأخوذة من تلك فان النقل لم يكن أميناً . وسنرى ، في كثير من المسائل التفصيلية ، خلافاً بين التشريعين في المسائل المدنية والتجارية وقواعد المرافعات ومما يزيد الموقف سوءاً أن بعض أحكام الشريعة الاسلامية ، وتطبقها قضاة المحاكم الشرعية ، داخله في دائرة الأحوال العينية »

فأصبح يوجد بذلك ثلاثة تشريعات مصرية في المعاملات ، دون فائدة أو سبب ظاهر وهذا عدم اتساق في التشريع غريب ، ليس بالنظري مطلقا ، وسيظهر لنا فيما يلي بعض الأضرار الجسيمة التي تنجم عنه ^(١) . وقد لاحظ الأستاذ ارمانجون ، في المقال الذي وردت فيه هذه العبارة ، أن توحيد القانونين الأهلي والمختلط ، في الوقت الذي كتب فيه هذا المقال ، أمر صعب التحقيق ، اذ يقتضي موافقة الدول ذوات الامتياز على هذا التوحيد ، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك ^(٢) ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت الى حد كبير ، اذ يكفي الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وتغني هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول .

على أن الأمر أكبر خطرا من أن نصطنع فيه هuada أو استرخاء . فهل قدر لنا أن نبقى غير مستقلين فيما يتناول الصميم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . أليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من أخص مميزات سيادة الدولة . فكيف نبقى مغلولي الأيدي دون هذا الحق ، والى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ ان كل مصري سمع شيخ القضاة يدوي صوته في أكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفي حضرة ملك البلاد ، وهو يعلن في عزم وأباء : « ان مصر أصبحت مستحقة للتمتع بما تتمتع به كل أمة من الاستقلال بإدارة العدل في ديارها بين قضاتها أجمعين » ، لم يلبث أن أحس صوت هذا الشيخ الجليل قد مس الوتر الحساس في قلبه ، وأن هذا القول قد عبر به ، لا عن أمنية المصريين فحسب ، بل عن رغبتهم الصادقة ، واراדתهم التي لا يثنون عنها ، في أن يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدني يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما أسلفنا . فهما يكن من مصير المحاكم المختلطة ، فان توحيد التقنين المدني في

(١) كتاب العبد المثني للقانون المدني الفرنسي جزء ٢ ص ٧٤٠ .

(٢) كتاب العبد المثني للقانون المدني الفرنسي جزء ٢ ص ٧٥٦ — ص ٧٥٧ .

المعاملات أمر ضرورى على كل حال ، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت . اذ على فرض بقاءها ، والأخذ فى ذلك بمشروعات هرست (Hearst) فى الاصلاح القضائى ، وهى المشروعات التى دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر وانجلترا ، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد ، تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية^(١) على السواء ، أمر يقتضيه حسن توزيع العدالة فى البلاد ، ويقضى على الفوضى والاضطراب الذى يسود المعاملات من جراء اختلاف القوانين . واذا كنا قد رأينا أنه يمكن ادماج أحكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى ، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية ، فإنه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات ، مع قيام طائفتين من المحاكم ، كل منهما تطبقه فى دائرة اختصاصها . واذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون الى توحيد قوانينهم ، مع اختلاف المحاكم التى تطبقها ، كما رأينا ذلك عند الكلام فى المشروع الفرنسى الايطالى ، مع أن فرنسا وايطاليا دولتان مستقلتان احدهما عن الأخرى ، فكيف لا تطلب مصر ، وهى دولة

(١) يسرنا أن نعلم أن لجنة الاحتفال بالعيد الخمسين للمعاهم الأهلية قد اقترحت تعديل الاسم الفرنسى الذى يطلق على هذه المحاكم . فلا تدعى Tribunaux indigènes ، بل تدعى Tribunaux nationaux .

وحبذا لو ظهر أثر هذا التعديل فى اللغة العربية أيضا . ولا نرى أن تسمى محاكمنا « بالمحاكم الوطنية » ، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم « المحاكم الأهلية » ، أو هو لا يؤدى المعنى المنصود . وخير تسمية نراها هى « المحاكم المصرية » . ولا يعترض على ذلك بأنه توجد فى البلاد محاكم مصرية أخرى ، كالمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، فكل هذه محاكم استثنائية ، اذا قرنت الى محاكم « القانون العام » وجب أن تتخذ لها اسما خاصا يميزها . أما المحاكم العامة ، فهى وحدها التى تسمى بالمحاكم المصرية ، واذا أطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف اليها دون غيرها . على أن اسم « المحاكم المصرية » رمز فيه تفاؤل بالمستقبل ، فسيأتى اليوم الذى تندمج فيه كل هذه المحاكم الاستثنائية فى « المحاكم المصرية » ، فلا يبقى فى البلاد الا محاكم من نوع واحد ، نكون فى غنى بهد ذلك عن وصفها بالمصرية .

واحدة ، أن يكون لها في المسائل الواحدة قانون واحد ^(١) .

فدحن اذن نعتقد أننا نعبر عن رغبة المصريين جميعا اذا قلنا ان مصر تريد ، عند مراجعة تقنينها المدني ، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد ، يطبق على كل سكان مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب .

الأسس التي تبنى عليها المراجعة : واذا فرغنا من تقرير ذلك ، تنتقل الى بيان الاسس والمصادر التي يبنى عليها التنقيح المرجو ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع . فنيين أولا ما يحسن اتباعه من الاجراءات للقيام بهذا التنقيح ، وعلى أى أسلوب تشريعى يكون . ثم نبين بعد ذلك ما تجب مراعاته عند النظر فى التنقيح موضوعا ، ومن أى المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر .

أولاً . الأسس التي تبنى عليها التنقيح منه حيث الشكل

١ . استعراض القواعد العامة فى الصياغة التشريعية

صناعة التقنين : التشريع فن له قواعده وأصوله ، فلا يجوز أن نغفل أصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعى خطير كتقنين التقنين المدني . وقد كانت الصنعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا وكان كل مشرع ومقنن يستلهم قسطا من هذا الفن الحفى يصطنعه فى تشريعه وتقنينه ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن فى مبدأه ، قبل أن ترسم له قواعده ، وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع فى العصر الحاضر يقوم على أسس ممهدة وقواعد مرسومة .

(١) ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأنه اذا وحد التقنين الا أهلى المختلط ، وأريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين ، وجب الرجوع الى الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختطة ، فان هذه الجمعية يرجع اليها الآن فى كل تشريع يراد سريانه على الأجنب ، فلا فرق اذن بين المهدين . على أنه يجب أن يمحصر تدخل الجمعية التشريعية ، فى العهد الجديد ، فى حدود ضيقة جدا ، كما تقرر ذلك فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير فى تمييز الصياغة عن العلم فى القانون .
فقد بين ذلك بوضوح فى مقال له نشر فى كتاب العيد المئبى للقانون المدنى
الفرنسى^(١) ، ثم فى محاضرة ألقاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة
١٩١٠^(٢) ، ثم فى كتاب له يعد من أجل المؤلفات القانونية وأعظمها خطرا ،
أسماه « العلم والصياغة فى القانون الخاص »^(٣) .

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هى الصياغة الفنية للقواعد
العلمية التى تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة ، فتوضع هذه القواعد فى قالب
القانونى الملائم . وليس القانون صناعة واحدة ، بل هو صناعات متعددة ، فهناك
صناعة القضاء (technique jurisprudentielle) ، وصناعة الفقه
(technique doctrinaire) ، وصناعة التشريع (technique législative) ،
وصناعة التقنين (technique de la codification) . وهذه الصناعة
الأخيرة هى التى يعنينا أمرها ، ويهمننا أن نتعرف على قواعدها الأساسية ، حتى
نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدنى . وقد كتب كثير من الفقهاء
يبسطون أصول هذه الصناعة وأوضاعها^(٤) . ونستعرض هنا فكرة عامة عن

(١) الجزء الثانى ص ٩٨٩ — ١٠٣٨ .

(٢) وقد نشرت هذه المحاضرة ، مع محاضرات أخرى لبعض الأساتذة ، فى كتاب
« طرق البحث القانونى » بباريس سنة ١٩١١ ص ١٧٣ — ص ١٩٦ .

(٣) Science et Technique en droit privé positif. وهو فى أربعة أجزاء
(بباريس سنة ١٩١٤ — سنة ١٩٢٤) .

(٤) وقد بدأ الفيلسوف الانجيزى يكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسى مونتسكيو
Montesquien يتكلمان فى بعض مسائل هذه الصناعة بشىء من عدم التحديد والدقة . ثم
أتى بنتام (Bentham) فبحث مسائل التقنين بحثا مفصلا . وتناول سافيني وأهرنج موضوع
الصناعة فى القانون ، وبحته الفقيه الثانى فى كتابه « روح القانون الرومانى » بحثا دقيقا
(أنظر أيضا روسيه Rousset فى صياغة التشريعات المقننة فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ —
سنة ١٨٥٨) . ومن بحث صناعة التقنين من الفقهاء المعاصرين — عدا جنى (Gény) فى مؤلفاته
المشار إليها — روجان (Roguin) فى مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطنى السويسرى =

هذه الأصول ، حتى نستطيع تطبيقها ، لا عن مجرد استلهاهم ، بل عن شعور بها ودراية .

فصناعة التقنين يمكن النظر اليها من ناحيتين : ناحية الاجراءات وناحية المادة التشريعية . والناحية الأولى هي ما يسمونها بالناحية الخارجية (externe côté) ، والناحية الأخرى هي الناحية الداخلية (côté interne) .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : فالناحية الخارجية تعنى بتحديد أفضل السبل التي تتبع في اجراءات التقنين ، وهل تكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم اجراءات أخرى خاصة بالتقنين تكون أكثر اتفاقا مع طبيعة هذا العمل المعقد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسألة على أن الاجراءات التي تتبع في التشريع التفصيلي ليست صالحة للتقنين الشامل . فان ترك الأمر في التقنين الى هيئة سياسية كالبرلمان ليس من شأنه أن يوجد تقنيينا صالحا موافقا لأصول الفن . فان رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شيء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة في عمل فني خطير كالتقنين . هذا الى أن كثرة عددهم موجب للبطء في الاجراءات . وقد نظمت لوائهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة في المسائل السياسية أو الاجتماعية ، أما المسائل الفنية فلا فسحة في هذه اللوائح لمناقشتها مناقشة جدية مشمرة . فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته . والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب أن يسوده الانسجام والتناسق ، فاذا عدل في ناحية كان لهذا أثره في النواحي الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك ولا منسجم .

= سنة ١٨٩٦ ص ٧٣ — ص ١٣٤ ، ديموج في كتابه « المبادئ الرئيسية في القانون الخاص » (باريس سنة ١٩١١) وميسكو (Miesco) : « بحث في الصناعة القانونية » (رسالة من باريس سنة ١٩١١) ، وتيسيه (Tissier) : « الصياغة الفنية للقانون الخاص » (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٣) ، وساباتيه (Sabatier) « فن عمل القوانين » (سنة ١٩٢٧) ، وانجليسكو (Angelesco) : « الصناعة التشريعية في التقنين المدني » (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠) .

فيجب اذن أن يكون للتقنين اجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية . ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها فى العصر الأخير أن هذه الاجراءات الخاصة تقوم على أسس ثلاثة : (١) تشكيل لجنة فنية يعهد اليها بوضع مشروع للتقنين ، (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولأجراء استفتاءات واسعة النطاق ، (٣) ادخال تعديلات جوهرية فى الاجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان لمشروع التقنين .

أما اللجنة التى يعهد اليها بوضع مشروع التقنين ، فيجب أن يكون عدد أعضائها محدودا ، حتى يكون عملها متناسقا ، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم أن فوضت الى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء ، على أن تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد أعضائها قليل ، كما فعلت سويسرا فى تقنينها . على أن شخصا واحدا قد ينوء به العمل الموكل اليه ، فالتقنين متشعب معقد ، وهو يقتضى كفايات متنوعة ، والشخص الذى يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود . فالأفضل اذن أن يعهد بالأمر الى لجنة قليلة العدد ، يراعى فى تشكيلها أن تكون متوافرة على عنصرين ، عنصر دائم هو العنصر الفنى ، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى . أما العنصر الفنى فيمثله المشتغلون بالقانون فقها وعملا كالأساتذة والقضاة والمحامين . والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال المثلة لنشاط البلد الاقتصادى ، يبدون آراءهم فى الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها التقنين . ووجود هذا العنصر ضرورى ، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة . وقد أدركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة الى جانب البرلمان . فنص دستور ويمار فى ألمانيا على انشاء مجلس اقتصادى دائم للامبراطورية . وكذلك فعلت ايطاليا فى نظامها الفاشيستي ، ونحت فرنسا هذا المنحى بانشاء مجلس وطنى اقتصادى . وقد رأينا أن الألمان عند ما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا الى اللجنة الثانية التى عهد اليها بمراجعة المشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة . ويحسن أن

يندمج في هذه الهيئة غير الدائمة أعضاء من رجال البرلمان ، يكونون حلقة اتصال بين البرلمان واللجنة . ثم تنقسم اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية ، كل لجنة تقوم بكتابة النصوص في جزء من أجزاء التقنين . والأفضل أن يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية أفرادا قليلين جدا ، حتى تتمشى روح واحدة في مجموع التقنين . وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك أعمال اللجان الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق .

ويجب أن يساعد اللجنة في عملها هيئة منظمة ، تقوم (أولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتيبها . فان اللجنة في حاجة الى كثير من الاحصائيات في المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهي في حاجة كذلك الى معرفة حالة القضاء في المسائل التي تعرض لها وتريد أن تستأنس فيها بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل . وهي في حاجة أيضا الى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بها . وتحتاج ، عدا ذلك ، الى عمل تحقيقات دقيقة في مسائل لا تستطيع البت فيها الا في ضوء هذه التحقيقات . وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) باجراء الاستفتاء اللازم للتقنين ، فان التقنيات الحديثة تقوم على الاستفتاء . ذلك لأن عمل اللجنة الموكل اليها وضع مشروع التقنين لا يمكن أن يكون كاملا من كل الوجوه ، مهما عُنيت به وحرصت على أن تتقنه ، فان عدد أعضاء اللجنة محدود ، ويجب أن يكون محدودا كما قدمنا . فتبقى هيئات كثيرة لا تمثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيع الاشتراك في العمل . فيجب اذن دعوة هذه الهيئات والكفايات الى المساهمة في وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء . وقد قام الفرنسيون في تقنينهم باستفتاء المحاكم في سنة ١٨٠١ ، فشكلت هذه لجانا لدرس مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ايطاليا ذلك ، فعقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتائهم في مشروع تقنينها المدني في سنة ١٨٦٢ . وعمدت ألمانيا وسويسرا الى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء في دوائر رجال القانون ورجال الأعمال ، كان لها أثر كبير في تعديل المشروعات الأولى التي وضعت قبل هذا الاستفتاء ، وقد أسلفنا الإشارة الى

ذلك . فيمكن القول اذن ان الاستفتاء أصبح ركنا من أركان اجراءات التقنين فى العصر الجاضر .

فاذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على أسس صحيحة ، أحيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهرى فى اجراءات هذه الهيئة . فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزأ ، فلا يدخل فيه شىء من التعديل . أو اذا رأى البرلمان محلا للتعديل ، فان الأمر يعود الى اللجنة ، لتقوم هى بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله فى المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت ألمانيا عند ما اتفقت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية أو الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا فى سنة ١٨٨٠ فى تقنينها المدنى ما هو أبلغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادئ العامة للتقنين وفوض الى لجنة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المبادئ .

الناحية الداخلية من هذه الصناعة : واذا انتقلنا فى صناعة التقنين من الناحية الخارجية الى الناحية الداخلية ، فان هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث فى هذه الناحية .

وأول هذه المسائل هو تبويب التقنين . وأول صفة ضرورية فى التبويب هو أن يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقى يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على أن التقنين يتطلب تبويبا منطقيا غير الترتيب العلمى لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا فى وقت واحد . فينقسم التقنين الى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتنحى ما كان من هذه الأحكام نظريا فقها ، بشرط أن ترتبط هذه الأبواب والفصول بعضها ببعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن أن يكون هناك

باب في التقنين يتقدم كل الأبواب ، ويكون متعلقا بالأحكام العامة التي تتمشى على جميع نواحي القانون ، وليس لها مكان في باب معين ، على ألا يصاغ هذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناحية العملية ^(١) . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من أحكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا إلا بعد ملاحظة الباب الذي وردت فيه ^(٢) .

وقد ألفت بعض التقنيات الحديثة ، كالتقنين السويسرى ، وضع ملخص للنصوص في هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جزءا من التقنين ، يعين على تفهم نصوصه ، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها ، ويسهل على الباحث العثور على ما يريد من الأحكام القانونية .

ثم هناك الروح العامة التي تسيطر على التقنين . ويمكن القول اجمالا ان التقنين الصالح يمتاز بشيئين : (أولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية ، فان الغرض من التقنين هو أن يجعل الأحكام القانونية في متناول الجميع ، جمهور الناس قبل فقهاءهم . ويجب على المقتن أن يتجنب تعزيز أحكامه بذكر الأسباب التي دعت إليها ، أو بإيراد الأدلة على صحتها ، أو بسياق أمثلة توضح هذه الأحكام ، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع . وإذا كان لا بد أن يذكر شيء من هذا ، فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية التي ترفق عادة بالتقنين ، وتبقى منفصلة عنه . وتتغلب الروح العملية

(١) وقد أحسن واضعو التقنين المدني الفرنسى صنعا بحذفهم ما كان قد تضمنه مشروع هذا التقنين في مقدمته من مبادئ نظرية .

(٢) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين ، الذين قالوا بأن مبدأ الشريعة الإسلامية ، القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، يطبق فى القانون المصرى على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الوارث ، أن المشرع المصرى نص على وجوب اتباع قانون الأحوال الشخصية فى الميراث فى الباب الذى تكلم فيه على أسباب انتقال الملكية ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، من حيث أنه سبب لانتقال الملكية ، ولا يقتصر الأمر فى اتباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم .

أيضا اذا تجنب المقتن الصيغ الفقهية والتعيمات المجردة والنظريات العامة ، فلا يذكر شيئا من ذلك دون مقتض يسوغه ، ولا يجوز للمقتن مثلا أن يصرح بانضمامه للمذهب المادى أو للمذهب الشخصى فى الالتزام ، أو للمذهب الارادة الباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة فى العقد ، بل يترك ذلك للفقهاء يستخلص ضمنا من مجموع النصوص . وتتغلب الروح العملية على الروح الفقهية أخيرا اذا تجنب المشرع ايراد التعاريف والتقسيمات ، فيحسن به مثلا أن يتكلم فى الالتزام وفى العقد دون أن يعرف أيهما ، وأن يورد مصادر الالتزام دون أن يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمحل ذلك هو الفقه . وذكره فى التشريع لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فان هذه التعاريف والتقسيمات ، اذا أقرها المشرع فى نصوصه ، تجمد جمودا لا يتفق مع تطور النظم القانونية ، ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جمودها ، وينفق جهدا عظيما فى الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجمود . يجب أن يتجنب المشرع كل هذا ، فان مهمته هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : « ان القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع » ^(١) . — والشئ الثانى الذى يمتاز به التقنين الصالح هو ألا يحاول الاحاطة بكل شئ ، فان هذه المحاولة عقيمة . ولا يستطيع المقتن ، مهما كان بصيرا بالأمور ، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذى يقتضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا محالة . بل هو عاجز ، فى الأمور التى يعرفها ، أن يضع لها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذى يترك مجالا فسيحا لتطور القانون ، فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه فى ألفاظ محدودة وأحكام معينة . وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء . بل يجب أيضا أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية ، دون أن يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دامت من المسائل التى لم يستقر تطورها ، وما دامت

La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire ; elle (١)
n'a pas besoin de convaincre.

الحاجة العملية لا تدعو الى أن يعرض لها بشيء . والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف ، دون أن يذهب في ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن يعدل المشرع ، في المسائل التي تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة : معايير يسترشد بها القاضى دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التي تعرض له ، فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول أن يحيط بكل شيء هو التقنين السويسرى ، فقد أكثر من استعمال المعايير المرنة ، وترك مجالا واسعا للفقهاء والقضاء يفسران القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك أيضا أسلوب التقنين . وخير أسلوب هو الذى يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض . ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية في مواضع مختلفة من التقنين ، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا ، ولعلة مفهومة . كما اذا قرر المشرع قاعدة عامة ، ثم عرض الى تطبيقها فى حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعى مفيدا بل ضروريا ، اذ قد يختلف الناس فى تطبيق هذه القاعدة ، فيحسم التطبيق التشريعى كل خلاف . والنصوص التى يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الآمرة ، وهذه يجب أن تكون فى أسلوب جازم قاطع . ومنها النصوص المفسرة ، والنصوص المبيحة ، وهذه يكون أسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الغرض الذى وضعت من أجله . وقد بلغ الأمر ، فى وجوب التمييز فى الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص ، أن طلب « مجلس الدولة » ، عند وضع التقنين الفرنسى ، أن يكون أسلوب النصوص الآمرة بصيغة المستقبل ، وأسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر . ثم ان للمشرع أساليب خاصة فى استعمال القرائن القانونية والفروض ونحوها ، مما يعين كثيرا على حل المسائل المعقدة ، ويعطى الأحكام القانونية شيئا من الثبات والاستقرار . ويختلف أسلوب التقنين أيضا طبقا لما اذا أكثر المشرع أو أقل فى الإحالة من نص الى نص . وقد تكون هذه الإحالة ضرورية فى بعض المواضع . ولكن الاكثار من

الاحالة يجعل القانون غامضا معقداً . مثل ذلك التقنين الألماني ، أكثر المشرع الاحالة فيه من نص الى آخر ، ثم من هذا النص الثانى الى نص ثالث ، حتى أصبح لغزا يقتضى كثيرا من الجهد لخله . هذا الى أن الاحالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التى تجب الاحالة اليها . أما المشرع السويسرى فقد قلل من الاحالة بقدر المستطاع ، فاذا ما اضطر اليها أشار الى النص الذى يريد الاحالة اليه ، لا برقم المادة التى تحتوى هذا النص ، بل بذكر ملخص النص فى عبارة واضحة . وهذا مثل طيب يحتذى فى التقنين .

وهناك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون واضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وقد امتاز التقنين الألماني بدقة لفظه فى غير وضوح . وامتاز التقنين الفرنسى بوضوحه فى غير دقة . والتقنين الذى يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسرى ، وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى . وقد درج الانجليز فى تشريعاتهم على ايراد تعريف للألفاظ التى ترد فى التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله فى عبارات مختلفة كما أنه اذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب ألا يتغير هذا اللفظ ، اذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل الى مستوى فهم الجمهور .

ب . ما ينبع من الاجراءات فى تنقيح التقنين المصرى

مقترحات عمالية فى هذا الموضوع : الآن وقد استعرضنا المبادئ الرئيسية فى صناعة التقنين ، تتولى تطبيق هذه المبادئ على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين المصرى . ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية ، يصح أن تكون أساسا للاجراءات التى يجب اتخاذها فى هذا التنقيح . واذا كنا قد انسقنا الى ذكر شىء من ذلك ، فلرغبنا فى أن يودى بحثنا الغرض العملى الذى قصدنا اليه .

ونحصر مقترحاتنا في النقاط الآتية :

(١) نرى أن يوكل تنقيح تقنيننا الى لجنة خاصة ، تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين ، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال أقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون . ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب ، وكذلك بعض رجال الشريعة الاسلامية من قضاة و فقهاء ، وبعض رجال الطوائف المصرية غير الاسلامية . وقد راعينا في تشكيل اللجنة على هذا النحو أننا نريد تقنيننا كاملا في الأحوال الشخصية والمعاملات ، موحدا يطبق على المصريين والأجانب .

والى جانب هؤلاء الأعضاء الدائمين ، يعين أعضاء غير دائمين ، يعملون عند الحاجة اليهم ، وينتخبون من دوائر الأعمال المختلفة ، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والمال ومختلف نواحي النشاط الاقتصادي ، ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب .

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد . فترسم المبادئ الاقتصادية والاجتماعية التي تبنى عليها عملها . فتقرر مثلا على أى أساس تقوم الملكية ، والقيود التي تحددها ، وكيف تحمي الملكية المعنوية ، والوسائل التي تتخذ لجعل نظام الوقف أكثر مرونة مما هو عليه الآن ، والأسس التي يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل والمسئولية التقصيرية وبالعقود ، وطرق اشهار الحقوق العينية ، ثم نظام تعدد الزوجات ، والطلاق ، والعدة ، وثبوت النسب ، وغير ذلك .

وتعرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية ، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعية المختلفة . وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم أيضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة . ويتبع في تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا ، كأن تشكل الهيئات التي تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة ، وكأن تلجأ اللجنة الى المجلات العلمية والصحف تستشير فيها اهتمام الجمهور .

ثم تعود اللجنة الى مراجعة ما وضعت من الأسس فى ضوء نتائج الاستفتاء العام .

(٣) تحول هذه الأسس الى البرلمان ، لمناقشتها واقرارها .

(٤) تعود اللجنة ، بأعضائها التقنيين الدائمين دون غيرهم ، الى العمل . فتشئ مكتبا فنيا من ثلاثة أعضاء ، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل للتقنين ، يراعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح^(١) ، ويعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته واقراره .

(٥) تنقسم اللجنة العامة بعد ذلك الى لجنتين رئيسيتين ، أحدهما تتولى

(١) سبق أن انتقدنا تبويب التقنين المصرى . وقد حملنا عيوبه الكثيرة على أن نشر بالعدل عنه . لا سيما أننا نريد تقنيننا الجديد تقنيًا كاملاً يشمل كل موضوعات القانون المدنى ، من أحوال شخصية ومعاملات . وقد استعرضنا فيما تقدم تبويب التقنينات الحديثة . ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا ، نكتفى ببسط أساسه فيما يأتى :

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له . تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان والمكان وللأشخاص ، وبالقواعد العامة فى تفسير القانون واستعانة القاضى بمبادئ العدالة فى ذلك ، وبنظرية سوء استعمال الحق ، وبعدم جواز التعايل على القانون (قارن المادة ٥ من المشروع البولونى) .

ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى أقسام ثلاثة : قسم لقانون الأسرة ، وآخر لقانون المعاملات ، وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الاشهار (وقد جعلنا طرق الاثبات والاشهار قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، وتشمل المعاملات والأحوال الشخصية) .

أما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة : فى الأشخاص (الطبيعية والمعنوية أو الجمعيات والمنشآت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والنسب) وروابطها المالية (الميراث والهبة والوصية والوقف) .

وقانون المعاملات يتضمن كتباً أربعة : الأموال وأنواعها المختلفة ، والحقوق العينية ، ونظرية الالتزامات والعقود المعينة ، والتأمينات .

ويشمل القسم الثالث كتابين ، أولهما فى طرق اثبات الوقائع المادية والأعمال القانونية ، والثانى فى طرق الاشهار .

كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية ، ويراعى فى تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الإسلامية ورجال الطوائف غير الإسلامية . والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى ، ويراعى فى تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبى تمثيلاً كافياً .

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين أعضائها لجائناً فرعية يوزع بينها العمل . بحيث يكون فى كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية . ويراعى فى كتابتها أصول صناعة التقنين ، ويستهدى فى عمله بالأسس العامة التى سبق إقرارها من البرلمان ، ويستمد الأحكام من المصادر التى سنشير إليها فيما يلى . ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص وإقرارها .

وتحول بعد ذلك نصوص المشروع كاملة الى المكتب الفنى الذى أعد تبويب التقنين ، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعاً وشكلاً ومن حيث الأسلوب واللغة . ويعد تقريراً رئيسياً عن المشروع يكون أساساً للأعمال التحضيرية .

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام ، على النحو الذى سبق فى الاستفتاء الأول . ثم تراجع اللجنة العامة مراجعة نهائية فى ضوء هذا الاستفتاء الجديد .

(٦) يحول المشروع بعد ذلك الى البرلمان . وتقتصر المناقشة على المسائل العامة فى المشروع دون تعرض للتفاصيل . ويؤخذ الرأى على المشروع جملة واحدة . وإذا رأى أحد المجلسين ضرورة ادخال أى تعديل ، أحيل الأمر على اللجنة لتقوم بذلك . ومما يجدر ذكره أن إقرار البرلمان للمشروع يصبح أمراً سهلاً ، بعد أن تمت موافقته على الأسس العامة التى بنى عليها فى المرحلة الأولى من هذه الاجراءات .

(٧) يجمع فى كتاب : (١) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين واللجان الفرعية والمكتب الفنى ، (ب) تفاصيل الاستفتاءين اللذين

أجريا ، (ج) التقرير الرئيسى الذى وضعه المكتب الفنى ، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب فى مناقشته الأولى للأسس العامة وفى مناقشته الثانية للمشروع الكامل .

ويكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين .

(٨) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية . وبعد أن يصبح قانونا يترجم الى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة . وترجم الأعمال التحضيرية كذلك . وبذلك تكون اللغة العربية هى اللغة الأصلية والرسمية للتقنين .

ثانيا : المصادر التى يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيانه هذه المصادر : أما من حيث الموضوع فنرى أن يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة : تجاربنا الخاصة ، وتجارب غيرنا من الأمم ، وتقاليدها الماضية فى القانون . فتستهدى اللجنة التى يوكل اليها أمر التنقيح (أولا) بالقضاء المصرى فى مدى نصف قرن ، فهو المرشد العملى للمشرع . (ثانيا) بالتقنينات الحديثة ، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة . (ثالثا) بالشريعة الاسلامية ، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر ، ولا تزال شريعته فى نواح مختلفة . وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا من أحكامها ، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشيء الكثير .

١ . القضاء المصرى

أهمية القضاء المصرى : القضاء هو الذى يطبق نصوص التقنين كل يوم فيصاح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملى . ومهما كان المشرع حازما حكيما دقيقا فى عمله ، فان بعض نصوصه التشريعية لا تعدو أن تكون مغرقة فى التوسع أو قاصرة فى الضيق . وهى لا تستقر ، وتصبح ملازمة للروابط التى وضعت لتنظيمها الا

بالطبيق . فهي ، كما يقول الأستاذ فان اكر (Van Ackers) في محاضرة قيمة^(١) ، كاللباس الجاهز ، لا يتناسب مع الجسم الا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصري ، بنوع خاص ، شاقة عسيرة . اذ كان مطلوباً منه أن « يمصر » قانوناً أجنبياً أدخل في البلاد بين يوم وليلة^(٢) . فقام بعمله في كثير من الباقية والمهارة . لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء ، عند مراجعة تقنيننا ، كثيراً من الدروس النافعة ، لا يجوز أن تغفل عنها . فهي مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن حياتنا اليومية . فنحن واثقون اذن أنها تتلاءم مع ظروفنا ، وتتمشى مع حالتنا^(٣) .

ومن المفيد أن نورد هنا أمثلة تبين كيف نستطيع أن نستفيد من قضائنا . فهناك موضوعات مقتضية أكملها القضاء ، كالملكية في الشيوع وحقوق الارتفاق والاشتراط لمصلحة الغير والتأمين والشخصيات المعنوية . ويقرب من هذا

(١) أنظر مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨٥ . ويبين الأستاذ في هذا المقال أهمية رجوع المشرع الى أحكام القضاء في التنقيح التشريعي (أنظر بنوع خاص ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ و ص ٢٩٦) . أنظر أيضاً في نفس الموضوع مقالاً للأستاذ مسينا في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٣٨١ — ٣٨٣ .

(٢) على أنه يمكن القول ان التشريع الفرنسي لم يدخل في البلاد طفرة واحدة ، كما يظهر ذلك لأول وهلة . فقد كان القانون التجاري الفرنسي يطبق في مصر قبل صدور التقنينات الحاضرة ، كما سبقت الإشارة الى ذلك . هذا الى أنه يقتضي الامتيازات الأجنبية ، كانت القنصليات تطبق قوانينها ومنها القانون الفرنسي وقوانين كثيرة أخرى مأخوذة منه (أنظر في هذا الموضوع مسينا في شرح القانون المدني المختلط جزء ١ بند ٧ وما بعدها)

(٣) ومن المفيد أيضاً أن نرجع الى التوثيقات القانونية ، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم ، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون ، بل وللهرب من هذه الأحكام في بعض الأحيان . فتعايل الناس على حكم قانوني (Cautèle) ومضيه في ذلك دليل على فساد هذا الحكم ، فزول بالمرع إعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه .

ولا شك أن هناك كثيراً من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوثقيات وعقود الناطمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الايجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف .

موضوعات تقسمتها الشريعة الاسلاميه والتقنين المدنى ، فمزجها القضاء معا وأخرج منها نظاما متناسقا عمليا ، كالوقف والميراث والوصية والهبة . وهناك أحكام جديدة ابتكرها القضاء ، كالشرط الجزائى والوصية فى صورة البيع وأهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية .

أمدنا القضاء فى كل هذا بأحكام جديدة بالبحث والتحصيل ، لندمج منها الصالح فى تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضا من هذه الأحكام ، ولا نقصد بذلك دراسة القضاء المصرى ، فهذا خارج عن نطاق بحثنا . وإنما نورد بعض الأمثلة لتدل بها على أهمية الرجوع الى القضاء فى تنقيح التقنين .

الملكية الشائعة : لا يكاد الباحث يجد نصا تشريعى فى هذا النوع من الملكية ، مع أهميته وانتشاره فى مصر . والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب أن نتلمسها فى أماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد فى الفصل الخاص بالقسمة ، وقد أدمج فى باب الشركات ، بعض النصوص المتعلقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد فى قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٦٢١/٧١١ مرافعات) ، وهذا النص قد وضع فى مكان من القانون لا يتطرق الى الذهن أن يبحث عنه فيه ، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط فى تبويب الأحكام .

ولكن القضاء المصرى تكفل بتفصيل أحكام الملكية الشائعة . ويصح أن نتخذ المبادئ التى قررها فى هذا الشأن مرشدا للمشرع عند تنقيحه للتقنين . فمن هذه المبادئ حق الشريك فى أن يتصرف فى نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك ^(١) ، بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه

(١) استئناف مخطوط ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ٢٦ .

الشائع^(١)، وحقه في إجراء الأعمال النافعة في الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة^(٢)، وعدم جواز تصرفه في جزء مفرز، إلا إذا أجازت بقية الشركاء، أو وقع هذا الجزء المفرز في نصيب المتصرف^(٣)، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالرهن^(٤)، وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا، بل تنقص المدة إلى خمس^(٥)، وبين القضاء الأهلى، ومعه القنماء المختلط، أن القسمة مقررة لا منشئة^(٦)، وهذا بالرغم من وجود نص صريح في التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة (م ٥٥٥ قانون مدنى مختلط). ووضع القضاء أحكاما لقسمة المهايأة^(٧) وله أحكام كثيرة في الملكية الشائعة، نجتزئ منها بما تقدم.

مقوق الارتفاق: وهذه حقوق أهميتها في مصر لا تخفى. فالملكية

(١) بور سعيد الجزئية الاهلية في أول أكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١.

(٣) استئناف أهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة ١ ص ٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع السنة الاولى رقم ٤٨ ص ٢٤٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الاهلية في ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ رقم ١٠٣ ص ٢٢١ بور سعيد الاهلية الجزئية في أول أكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ — استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣١٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٤ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٤١٧ — ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٣ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٩٤.

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ١٢٤ — ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ٣١٢ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٠٠.

(٥) كفر الزيات الاهلية الجزئية ١٥ ابريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦.

(٦) أسبوط الاهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة ١٥ ص ٢٢٣. استئناف مختلط ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩.

(٧) استئناف أهلى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ حقوق ٦ ص ١٧٥ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٤٣.

العقارية لا تزال أهم أنواع الثروة المصرية . وقد قرر القضاء أحكاما في هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية .

من ذلك ما قرره محكمة الاستئناف الأهلية من أنه يجوز الأذن لمالك العلو ، اذا تهدم السفلى ، في إعادة بنائه على نفقة مالكه . فكلت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المدني الأهل الذى يقتصر على القضاء ببيع السفلى . وقد طبقت محكمة الاستئناف فى حكمها هذا المادة ١١٧ من القانون المدني التى تجيز للدائن أن ينفذ التزام المدين تنفيذا عينيا على نفقة هذا المدين^(١) .

كذلك قضت بعض المحاكم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم فى ملكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضى بأنه عند عدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملكيته مشتركة بين المالكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن أحد المالكين بناء من ماله الخاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع له نصف قيمة مصاريفه^(٢) .

وحدد القضاء كذلك ما هو المقصود بالمطل الذى يجب أن تراعى فيه حدود المسافة القانونية^(٣) . وميز بين المطلات والمناور^(٤) . وقضى أن كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبني

(١) استئناف أهلى فى ٦ مارس سنة ١٩١٩ بمجموعة ٢١ ص ١٥ . أنظر عكس ذلك مصر الكلية الأهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٣ ص ٣٠٥ .

(٢) السنطة الأهلية الجزئية فى ٣١ يناير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٧٦ .

(٣) عابدين الجزئية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٢ حقوق ١٨ ص ٢٧ — محكمة مصر الأهلية الكلية فى ٢٣ يوليه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٠ — الموسكى الجزئية أول أبريل سنة ١٩٠٣ بمجموعة ٤ ص ٢١٧ — رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ بمجموعة ١٦ ص ٢٧٠ — الجيزة الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٧٧٨ .

على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال الى سد المثل ^(١) .

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم . واستقلت في ذلك عن القضاء الفرنسى والقضاء المختلط . اذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقي اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسى (م ٦٨٨ فرنسى) دون أن يكون لهذا النص مقابل في التقنين المصرى) . لذلك لا يجوز عندهما تملك هذا الحق بالتقادم أما المحاكم الأهلية التى تشير اليها ، فقد رجعت الى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقادم ^(٢) . ونحن نؤثر هذا الرأى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيح التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذى يقرره رب الأسرة دون نص فى القانون على ذلك ، اذ أن أساس هذا الحق هو الرضاء الضمنى ، فهو متفق مع

(١) استئناف أهلى لى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٦٩ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٥٤ — مصر الأهلية الكلية ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٨ ص ٢٢٧ — استئناف مختلط ٢ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٦ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٩ — انظر عكس ذلك المنصورة الأهلية الجزئية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٧٣٦ — اسكندرية الأهلية الكلية ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٧٩ .

(٢) طنطا الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٤ ص ١٢٢ — كفر الشيخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٨ الشرائع ٦ ص ٦١ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٩ مجموعة ٢٢ ص ٥٣ — الاقصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ٧٦ — طنطا الجزئية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٣ ص ١٤٥ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٢٢٨ . انظر عكس ذلك منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ حقوق ١٩ ص ٢٠٥ — طنطا الاستئنافية ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ مجموعة ٧ ص ٨٦ — منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ١٧٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ — ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

القواعد العامة . فأكمل القضاء بذلك نقصا فى النصوص التشريعية (١)

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة ، هى تحديد طبيعة القيود التى تشترط فى البناء على الأرض الفضاء ، مساحة وارتفاعا وأبعادا ، ففى شأن مثل هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق عينية (٢)

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التأمين : قدما أن التقنين المصرى لا يحوى الا نصا واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو نص مغرق فى الغموض ، مع أن هذا النظام القانونى قد تقدم خطوات واسعة فى الحياة العملية ، منذ انتشرت عقود التأمين ، وهى من أهم تطبيقاته . ويجب أن يفسح التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة فى هذا الموضوع ، كما يجب أن ينحصر مكانا لعقد التأمين بين العقود المعينة .

ويمكن الاستفادة من المبادئ التى قررها القضاء المصرى فى هذا الشأن . فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس فى عقود التأمين فحسب ، بل فى فروض أخرى تسترعى النظر . من ذلك ما قصت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط البائع لعقار مرهون على المشتري أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر فى ذمة المشتري (٣) . كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه فى الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، والمشتري أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل

(١) استئناف أهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢١ محاماة ١٢ ص ٧٥٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣١٩ .

(٢) محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٣ محاماة ١٣ ص ٩٨٧ — استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٣٠ وأحكام أخرى كثيرة .

(٣) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ .

الشفيع^(١) . وقد طبق القضاء النظرية أيضا في عقود الاحتكار ، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهلك^(٢) . وطبقها في القيود التي تشترطها شركات الأراضى على المشترين من حيث البناء ، والتي قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق .

ومار القضاء شوطا بعيدا في تقرير المبادئ العامة في الاشتراط لمصلحة الغير . فقرر أن المنتفع حقا مباشرا في ذمة المتعهد يستمد من العقد . وطبق ذلك بنوع خاص في عقود التأمين ، فأعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا في ذمة شركة التأمين ، لا يأخذونه من الشركة ، حتى لا يدخل في ضمان دائنى المورث^(٣) . وقرر أن رضا المنتفع ضرورى لتثبيت ذلك الحق^(٤) ، وأن للمشرط أن ينقض الحق قبل صدور هذا الرضا^(٥) .

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء أحكام القضاء المصرى في هذا الموضوع الخطير . فنكتفى هنا بما قدمناه . ونكرر أن المشرع المصرى يجد مادة خصبة في القضاء عند ما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وب عقود التأمين .

الوقف والمكر : لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الموضوع الهام الا في نصوص قليلة جدا (م ٢٢/٧ وم ٣٤/١٧ وم ٣٧/١٨ وم ٧٧/٥٤ وم) ، مع

(١) استئناف مختلط في أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — النيا الأهلية الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٤٦٠ — طنطا الأهلية الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٠ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ .

أن جزءا كبيرا من العقارات المصرية موقوفة ، وقضايا الوقف والحكر تعرض كل يوم على المحاكم . فاذا أراد المشرع المصري تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر ، فإنه لا يكفي في ذلك أن يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا في هذا التقنين ، وإن كانت هي المصدر الأساسي في هذا الموضوع ، بل يجب أيضا أن يستعرض أحكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط ، ويسترشدها في تقنينه .

فقد أصدر القضاء المصري أحكاما بالغة في الكثرة ، يقرر بها نظم الوقف ، من حيث حقوق المستحقين ، وثبوت الشخصية المعنوية للوقف ، وما لدائني المستحقين من حق على ريع الوقف ، وكيفية إدارة الأعيان الموقوفة ، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لا يجوز له ، وحكم اجارة الوقف ، ووضع اليد عليه ، وتملكه بالتقادم ، وانقضاء حق المستحق بالتقادم ، وغير ذلك من النواحي المتشعبة ، مما لا يتسع له نطاق هذا البحث .

كذلك صدرت أحكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه وأحكامه وأنواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقنين الأحكام في هذا الموضوع .

الميراث والوصية والرهبة : هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الإسلامية والتقنين المدني ، فأصبحت حائرة قلقة بين النظامين . ولم يعن الفقه المصري بها عناية كافية . أما القضاء ، وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعاني مسائلها المعقدة ، فما لبث أن صاغ أحكامها ورتبها ، ونحا في ذلك منحى عمليا ، موقفا بين قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون المدني . ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع الى أحكام القضاء في مدى نصف القرن الماضى .

وأهم مشكلة واجهها القضاء في مسائل الميراث هي التوفيق بين مبدأ الشريعة الإسلامية القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، ومبدأ القانون الفرنسى الذى يقضى بأن تنتقل الى الورثة ديون المورث كما تنتقل حقوقه . وهو يقضى عادة باتباع مبدأ الشريعة الإسلامية ، فهى الشريعة واجبة التطبيق في هذه

الحالة^(١) . ولكنه مع ذلك لا يسير في هذا المبدأ الى النهاية ، بل يحى حق الغير الذى تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة . وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه اذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين ، وتبينت سلامة نية المشتري وعدم تواطئه مع البائع للاضرار بحق الدائن ، فيكون البيع نافذا ، ويعد من قبيل البيع الصادر من المدين لمن تكون نيته سليمة اضرارا بالدائنين ، وهو صحيح ونافذ . وادعاء فساد به بأن الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية أموال المتوفى تنتقل الى ورثته في حال موته ، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه ، وبأن معنى كون الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين أن الوارث واجب عليه دفع الدين على قدر قيمة ما ورثه ، ولا يلزم بزيادة ، الا أن أموال المتوفى تبقى بدون مالك لغاية تمام دفع الدين^(٢) . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا ما يتركه مورثه وقت الوفاة ، والقول بأن لا تركة الا بعد سداد الدين لا يقصد به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها ، انما معناه أن الوارث ملزم بدفع دين مورثه بنسبة ما أخذه من التركة ، فلذلك ليس لدائني المورث أن يطلبوا الغاء البيع الحاصل من الورثة لشيء من أموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث ، وأن الورثة قد باعوا حينئذ شيئا لا يملكونه ، بل الطريقة الوحيدة للطعن في هذا البيع هى رفع دعوى ابطال

(١) على أن المشرع المصرى يصرح في بعض الاحوال أن الالتزام لا ينقضى بموت الملتزم ، كما فعل في الايجار (م ٣٩١ / ٤٧٨) ، ومعنى ذلك أنه ينتقل للوارث . وفي الاحوال التى لا يصرح فيها بذلك ، يكون من المفهوم ضمنا ، طبقا للقواعد العامة في انقضاء الالتزامات ، أن الالتزام لا ينقضى بموت المدين ، بل ينتقل للوارث كذلك .

وللتوفيق بين هذه القواعد العامة ومبدأ الشريعة الاسلامية ، يمكن القول ان الالتزام ينتقل للوارث ، ولكن بالقدر الذى كسبه من أموال التركة . فورثة المستأجر مثلا يلتزمون بدفع الأجرة المدة الباقية من الايجار ، بشرط الا تزيد هذه الأجرة عن مقدار التركة التى آلت اليهم ، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة .

(٢) ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨ .

التصرفات الصادرة من المدين ، اذا توافرت شروط هذه الدعوى ^(١) .
على أن القضاء المصرى غير مضطرد فى هذه المسألة ، فهناك أحكام كثيرة
تحمى دائن التركة وتفضله على المشتري من الوارث ^(٢) . وخير سبيل نراه فى
هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع ، عند مراجعة التقنين ، طريقا لتصفية التركة ،
على مثال تصفية أموال المفلس ، حتى تحفظ حقوق دائنى المورث ، ولا يضار الغير
حسن النية الذى يتعامل مع الوارث .

أما الوصية فأحكامها مستمدة من الشريعة الاسلامية كالميراث . ويلاحظ
أن لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت أحكاما فى اثبات الوصية . ويحسن أن
يرجع المقنن فى هذا الموضوع الى قضاء المحاكم الشرعية . أما قضاء المحاكم الأهلية
فهو فى احدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا . ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا
تفرغ عادة فى شكل عقود البيع ، وتصدر من أب لأولاده ، أو من زوج لزوج ،
أو من شخص لآخر تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب . ويكاد من يتتبع
ظروف هذه العقود أن يجزم أنها وصايا لا يبيع . فالأب يبيع مالا لابنه ، وقد
يكون الابن صغيرا وليست له ثروة شخصية ينفى منها بضمن المبيع ، ومع ذلك يقر
الأب فى عقد البيع أنه قبض الثمن ، وقد يكون مبلغا كبيرا ، ويحتفظ الأب
لنفسه بحق الانتفاع بالشئ المبيع ، أو يبقى واضعا يده عليه يديره ويتصرف فيه
كما لو كان لم يبعه ، ويبقى عنده عقد البيع ، فلا يسلمه للمشتري ، ولا يسجله ،

(١) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر فى المشتري سى ، النية استئناف
أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٧٧ .

(٢) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ —
٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ١١٢ — الاسكندرية الأهلية الكلية فى ٣ أبريل
سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ ص ٢٥٠ — استئناف أهلى فى ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ مجموعة ٣١
ص ٣٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٨٢٦ — ٨ مارس سنة ١٩٣٢
محاماة ١٣ ص ١٦٨ .

ومن ذلك يتبين أن هذا الرأى الاخير هو الذى تغلب على الرأى الاول .
وللمعالم المختطة أحكام كثيرة فى هذا الموضوع .

أو يسجله ويبقيه مخفيا عنده بعد ذلك . كل هذه قرائن تدل على أن البائع يوصى في الواقع لا يبيع ، وقد لجأ الى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية ، فهي لا تجيز الوصية لوارث ، وقد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشيء من ماله . وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح ، وطورا تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة دون أن يميزها الباقي . والمتبع لأحكام القضاء في هذا الموضوع لا يسعه إلا أن يحمّد هذه الجهود الكبيرة التي يبذلها حتى يوفق بين أحكام القانون والمقتضيات العملية . ويمكن القول بوجه عام أنه يميل الى اعتبار هذه العقود صحيحة ، اذا حرص البائع على أن يفرغ العقد من الناحية الشكلية في ثوب بيع لا شبهة فيه . وهو لا يبطل الا عقودا لم يثبت فيها أن المشتري صدر منه رضا ولو ضمنى ، أو ذكر فيها أن الثمن قد ابرئت منه ذمة المشتري ، أو استبقى البائع لنفسه ملكية الشيء الى حين موته . أما اذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية في الحال ، فقل أن تبطله المحاكم ، حتى لو نص في العقد أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشيء المبيع طول حياته ^(١) .

والظاهر من هذا القضاء المضطرب أن الحاجة العملية هنا تغلبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، وأخضعها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة . فلا شبهة في أن العقود التي حكم القضاء بصحتها ينبغي أغلبها وصايا لا ييوغا ، ولكنها وصايا لها من ظروف أسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف أهلى ١١ اكتوبر سنة ١٩١٤ حقوق ٢٠ ص ١٧٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ٧٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ١٢٩ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ ص ١٥٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ ص ١٦٢ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٩١٧ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ١٠٩ — ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٨٧٥ — تقض ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٥٥ .

المحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهى لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الاسلامية الصريح ، وهو يقضى بالألا وصية لوارث . فعدت الى اعتبار التصرف بيعا ، مكتفية فى ذلك بالشكل دون الموضوع ، ومتمشية مع الحيلة التى لجأ اليها المتصرف ، حتى تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو الى التفكير ، عند تقنين أحكام الوصية ، فى بحث أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع . فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجازاة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية لوارث ، ولو فى حدود ضيقة ؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهرب من أحكام تضيق بهم ، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها وبين الواقع .

أما الهبة فقد أورد المشرع المصرى فيها أحكاما هى أكثر نسبيا من الأحكام التى أوردها فى الميراث وفى الوصية . على أنه يجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية اذا أريد تقنين أحكام الهبة الموضوعية . أما من حيث شكل الهبة ، فى القضاء المصرى مادة خصبة يستطيع أن يستمد منها المشرع تقنينه . ومن أهم المبادئ التى قررها القضاء المصرى فى هذا الموضوع هو التمييز فى عقود الهبة المستترة ، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثن أو بالتنازل عنه ، فيكون هبة باطلة ، وآخر لم يصرح فيه بذلك ، فيبقى صحيحا ^(١) .

الشرط الجزائى : ومن القضاء المشهور المبكر ما قرره المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائى . وقد خالفت فيه نصا صريحا فى القانون ، هو نص المادتين ١٢٣/١٨١ ، ويقضى بأن الشرط الجزائى لا يجوز الحكم بأقل

(١) استئناف أهلى ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤ — ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ ص ٢٣٨ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٢ ص ٢٦٦ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٩٩ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ مجموعة ١٢ ص ١٢٠ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٢ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٢٩٥ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ٨١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٥٥١ — محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى اول مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ٢٣ ص ٦٨ .

منه ولا بأكثر. ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بدواثرها المجتمعة^(١) بأنه يجوز ألا يحكم بشيء ما من الشرط الجزائي اذا لم يثبت حصول ضرر. ويمكن تبرير هذا المبدأ على أساس أن الشرط الجزائي انما هو تعويض، وشرط التعويض حصول الضرر. وذهبت المحاكم الأهلية الى أبعد من ذلك، فقضت بأن الشرط الجزائي، كما يجوز الغاؤه عند عدم حصول الضرر، يجوز كذلك تخفيضه اذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذي حصل فعلا^(٢). وحبثتها في ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ في تقديره انما هو شرط تهديدي محض لا يلتفت اليه، والمحكمة أن تقدر التعويض المناسب. على أنه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقهية على أساس نظرية السبب.

ومهما يكن من أمر فإن القضاء المصري، من أهلي ومختلط، مجمع على الخروج على نص صريح في القانون، وأن كان يخرج عليه شيء من التفاوت، ويبرر هذا الخروج تبريرا يختلف قوة وضعفا. وقضاؤنا المصري مبتكر في هذا، لا لخروجه على التشريع المصري فحسب، بل لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين، فإن هذين يقضيان بوجوب احترام الشرط الجزائي احتراماً تاماً، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر.

وفي هذا ما يسترعى نظر المشرع المصري عند مراجعة التقنين. فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر، وأن يدمجه في تقنينه الجديد، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة.

تصرفات السفينة قبل الحجر عليه: وهنا أيضا نجد قضاءنا فيه شيء من الابتكار. فالقول المعمول به في الشريعة الإسلامية أن السفينة لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه، وليس لقرار الحجر أثر رجعي، وهذا قول أبي يوسف وهو المقتضى به.

(١) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥.

(٢) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ بمجموعة ٢٧ ص ١٥٣.

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك . بل هو يحارب سوء النية والتواطؤ على الغش بسلاح آخر ، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفه . فاذا ثبت عنده أن السفه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف فى أمواله ، متواطئاً فى ذلك مع من تصرف له ، أبطل هذا التصرف ، تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بأن القانون لا يحمى الغش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية ، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلاً^(١) .

وهذا أيضاً قضاء عملى عادل ، يصح أن يدمج فى تقنيننا الجديد .

المسئولية عن الأشياء : لسنا فى حاجة الى استعراض تطور القضاء الفرنسى الخطير فى هذا الموضوع ، فهو مشهور . وإنما نكتفى بالإشارة الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسئولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل اثبات العكس .

أما فى مصر فالحالة تختلف عنها فى فرنسا ، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية . وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ فى جانب المسئول عن الشيء حتى تتحقق مسئوليته . ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم ، من أهلية ومختلطة ، أن تجارى التطور الحديث ، وأن تقرر فى قضائها مبدأ المسئولية دون خطأ ثابت . وقد حملها على ذلك تطور

(١) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ — ص ٤٩٢ — انظر احكاماً أخرى كثيرة فى هذا المعنى ، منها استئناف اهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٨ ص ٤٥ — استئناف اسقوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٦٣٣ — استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨ .

ويلاحظ أن الامام محمداً يبطل تصرفات السفه من وقت ظهور السفه . لا من وقت الحجر عليه فقط ، فقضائهما يتفق مع رأى محمد فى النتيجة ، وإن كان يختلف عنه فى الأساس القانونى . فمحمد يبطل التصرف قبل الحجر للسفه ، أما القضاء فيبطله للغش والتواطؤ . فاذا فرض أن من تصرف له السفه لم يكن متواطئاً معه بل كان حسن النية فالظاهر أن محمداً يبطل التصرف بالرغم من ذلك ، أما القضاء فلا يبطله .

الحالة الاقتصادية في بلادنا ، ونهضة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها مما يعرض الناس لأخطار لم تكن موجودة من قبل . فعدلت بعض المحاكم عن نظرية الخطأ الثابت ، واتخذت موقفا أكثر اتفاقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث . ولكنها انقسمت الى طائفتين :

(١) طائفة وهي الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض ، وتقلد في ذلك القضاء الفرنسي . ولكنها لا تزال تجتاز المراحل الأولى التي سبق للقضاء الفرنسي أن اجتازها من قبل ، فبعضها يتلمس أساس الخطأ المفترض في المسؤولية التعاقدية ، وبعضها يتلمسه من طريق القياس على المسؤولية عن الحيوان ، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على أساس قانوني^(١) .

(٢) والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا ، وأخذت بمذهب تحمل التبعة^(٢) ، وهي في هذا قد سبقت القضاء الفرنسي ، إذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم .

وفي استعراض هذا القضاء ، عند القيام بمراجعة التقنين ، ما يدعو للتفكير في تحديد الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية عن العمل الضار ، وهل يحسن بمشرعنا أن يجارى القضاء في بعض الخطوات التي سار فيها ، إذا وجد ما يبرر

(١) من الأحكام التي أخذت بمبدأ الخطأ المفترض : استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١ — ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ — ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ٥٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ — محكمة استئناف أسيوط الأهلية ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ عدد ١٣٠ — محكمة استئناف مصر الأهلية في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٤ — محكمة البيان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ عدد ١/٩٣ .

(٢) أنظر محكمة استئناف مصر الأهلية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ مجموعة ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ — ٢٣٣ — ١٧ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٩٥ — استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٢٢ .

ذلك من تطور الظروف الاقتصادية فى مصر .

الملكية الادبية والفنية والصناعية : وهنا أيضا تجد القضاء المصرى ، الأهل والمختلط ، يتكر المبادئ القانونية ، لحماية هذا النوع من الملكية ، اذ ليس له تشريع خاص يحميه . فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادئ العدالة والقانون الطبيعى .

والمبادئ التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتفصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقنينه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والفنية ولا يزال محلا للبحث .

ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشئ الكثير ، عند مراجعة التقنين^(٢) .

ب — التقنيات الحديثة

الى أى حد يمكن الاستفادة من هذه التقنيات : قدمنا أن التقنيات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا ، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المبادئ القانونية الصالحة فى التقنين .

على أننا نشير بشئ من الحيطة فى ذلك . واعتقادنا أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أولا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة . فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واضطراده فى السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية فى أغلب الأحيان . والقانون ليس الا وليد هذه الحياة ، يخضع لها ،

(١) على أن هناك مبادئ قررها القضاء المصرى ، لا تنص للمشرع باتباعها . ونذكر مثلا لذلك مسئولية المستأجر عن احتراق العين المؤجرة ، قلعضاء المصرى يحمل المؤجر عبء الاثبات . ويخرج فى ذلك على القواعد العامة ، والأولى مخالفة هذا القضاء المبكر ، والرجوع الى القواعد العامة ، فيكلف المستأجر بالاثبات .

ويتأثر بها ، ويجاريها .

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة .
فقد رأينا التقنيات الحديثة ارتقت رقيا كبيرا ، وتقدمت في رقيها على التقنين
الفرنسي الذي أخذنا عنه . فاذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفع بهذا
التقدم .

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبي في دائرة
الأحوال الشخصية . فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شيء لمعتقداتنا الدينية ،
ولعاداتنا وتقاليدها الخاصة ، ولأسلوب حياتنا الاجتماعية ، مما لا يصح أن نقلد فيه
الأمم الأجنبية ، وهي غريبة عنا في عاداتها ، بعيدة في تقاليدها .

ونلاحظ ثانيا أن أكثر ما نستفيدة من التقنيات الحديثة إنما يكون من
ناحية الشكل . فأسلوب التقنين الحديث ، وتبويب هذا التقنين تبويبا منطقيا
محكما ، وتوخي الدقة في التعبير ، وغير ذلك مما سبق أن أشرنا اليه ، نجد له مثلا
طيبة في التشريعات الحديثة ، يجب علينا أن نتوخاها في تقنيننا الجديد .

على أن هناك مبادئ قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، نجدها
في هذه التقنيات الحديثة ، وهي مبادئ تصلح أن نستلهم منها الشيء الكثير
في تقنيننا الخاص بالمعاملات ^(١) ، لا سيما في الجزء الخاص بالالتزامات . فان هذا
الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم ، يسهل بينها التفاهم على مبادئه ، لأن أساسه
المنطق ، والمنطق البشري الصحيح واحد لا يتغير . ولأن موضوع الالتزامات
هو أكثر موضوعات القانون تجردا من الاعتبارات المحلية ، وتمشيا مع حركة
التعامل الدولية ، وتحليقا في جو التعميم والشمول .

(١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترحات جديدة بالنظر ، ببعض نصوص تشريعية ،
تتعلق بحق الملكية والتزامات الجوار ، لتعديل التقنين المصري في هذه الموضوعات . وقد
استمد أكثر هذه النصوص من التقنيات الحديثة (أنظر مقاله المنشور في مجلة مصر
العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ — ص ٢٠١) .

ومن هذه المبادئ، ما يتناول نظريات عامة تتمشى على جميع نواحي القانون ، كالمبادئ الخاصة بسلطة القاضي في تفسير القانون ، ونظرية سوء استعمال الحق . ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالمنشآت (ولا نتكلم في السجل العقاري ، فأمره معروف ، ولا على « الافلاس المدني » . وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسري) . وأكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا ، نذكر منها على سبيل المثال المبادئ المتعلقة بتكوين العقد ، والنيابة في التعاقد ، والارادة المنفردة والصورية ، والغبن ، والدفع بعدم التنفيذ ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية عن العمل الضار ، والآراء بلا سبب ، وحالة الدين ، والوفاء .

هذه بعض المبادئ التي يصح فيها أن نتطلع الى الاستفادة من التقنيات الحديثة ، لم نحاول حصرها ، وانما أتينا بأمثلة ندلل بها على أهمية الرجوع الى هذه التقنيات ، لسد بعض الثغرات في تقنيننا الحاضر ، وقد سبق أن أشرنا اليها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين .

ونجتزئ بكلمة موجزة عن كل من المبادئ المتقدمة ، نستعرض فيها ما قرره التقنينات الحديثة بشأنها ^(١) ، مما يصح أن يكون مثالا لنا نحتذيه . ونتوخى الايجاز التام في ذلك ، لضيق المقام .

سلطة القاضي في تفسير القانون : أهم ما يسترعى النظر في هذا الموضوع هي هذه الخطوة الجريئة التي خطاها المشرع السويسري في اعترافه الصريح بسلطة القاضي الواسعة ، لا في تفسير القانون فحسب ، بل في صنعه أيضا . فقد

(١) ونقتصر على التقنين الألماني والتقنين السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، حتى لا يطول بنا البحث . ولكن لا يفوتنا أن نذكر أن هناك مصادر أخرى غير هذه يصح الرجوع اليها . نذكر منها على سبيل المثال المشروع البولوني ، وقد تضمن في المادة الخامسة النص الآتي : « لا يجوز التحايل على القانون ، وكل عمل قانوني مخالف لهذا النص يكون باطلا لا أثر له » . وهو نص جدير أن نسترشده في تقنيننا الجديد .

نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يأتي : « يخضع للتشريع كل الموضوعات التي تعرضت لها نصوصه ، في ألفاظها أو في روحها . وإذا لم يوجد نص قانوني يطبق ، حكم القاضي بمقتضى العادات . فإذا لم توجد عادات ، حكم بمقتضى القواعد التي كان يسنها لو كان مشرعا ، واستلهم في ذلك المبادئ التي أقرها الفقه والقضاء ^(١) » .

وهذا النص جراته في صراحته . فهو يعدد للقاضي المصادر التي يستمد منها القانون . فيذكر أولا النصوص التشريعية ، ثم روح التشريع ، ثم العادات ، ثم يترك الأمر بعد ذلك للقاضي ، يشرع للحالة المعروضة أمامه ، مستلهما في ذلك الفقه والقضاء . وهذا هو في الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض ، سويسري أو غير سويسري . ولا سبيل الى منع القاضي من الاجتهاد في الحالات التي لا يرى أمامه فيها حكما من تشريع أو عرف ، فهو لا محالة مشرع ، يستنبط الحكم الذي يراه ملائما ، ويقضى به . وليست جدة التشريع السويسري في هذا الشأن الا في أنه قال صراحة ما لا يقوله المشرعون الآخرون عادة ، خشية أن يسترسل القضاء في سلطة تفسيرية واسعة ، ينقلب بها مشرعا ، لا يتقيد حتى بالنصوص القانونية التي يراها أمامه .

ونحن نكتفي بوضع هذا النص التشريعي الخطير تحت أعين الباحثين . ولا نجزم بصواب نقله في تقنيننا الجديد .

نظريته سوء استعمال الحق : هذه نظرية يعترف بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، في كل القوانين المتمدينة . ويطبقها القضاء المصري في أحوال كثيرة . فعند وجود نص تشريعي في هذا الموضوع تنقص يجب أن نتلافاه في تقنيننا

(١) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'un de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

الجديد . وهذا ما فملته التقنيات الحديثة . فقد نص التقنين الألمانى فى المادة ٢٢٦ على أن « استعمال الحق لا يكون جائزا ، اذا لم يقصد به الا احداث ضرر للغير »^(١) . ونص التقنين السويسرى (م ٢ مدنى) على أن « كل شخص ملزم باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يملها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه القانون » . ونص المشروع الفرنسى الايطالى (م ٧٤ فقرة ثانية) على أنه « يلتزم أيضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير ، بأن جاوز ، فى استعماله لحقه ، الحدود التى يرسمها حسن النية ، أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق »^(٢) .

والذى يطلب من مشرعنا أن يبت فيه ، عند وضعه نصا بهذا المعنى ، هو أن يحدد بأى معيار يأخذ فى هذه النظرية ، أبعيار مادية هوأكثر ضمانا لاستقرار المعاملات ، أم بمعيار شخصى هوأكثر تحقيقا للعدالة ، أم يأخذ بالمعيارين معا ممتزجين . ثم يبت كذلك فى أى مكان يضع هذا النص ، أفى القسم العام من التقنين ، وهذا هو الذى نراه ، اذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار فى مصادر الالتزامات ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى .

المنسآت والمؤسسات (fondations) : لا يوجد فى قانوننا ولا فى القانون

الفرنسى نصوص خاصة بالمؤسسات . وهذا نقص ظاهر فى التشريعين . والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية . أما فى مصر ، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق . اذ يستطيع من يريد انشاء

(١) L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

(٢) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

(٣) Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذي يقصد اليه . ولكن بالرغم من ذلك لا زلنا في حاجة شديدة الى نظام قانوني للمؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف . « فتنظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتب في انشاء مؤسسات ، حيث لا يسمح الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود ، بانشاء جمعيات من الأشخاص ، لا مؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما في نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هي التي لها حق الرقابة) ، ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذي أنشئت من أجله فقد أهميته ، أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر في نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهي الى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء ، اذا لم تدخل هذه المشروعات في دائرة جهات البر » (١)

هذا النقص في تشريعنا تلافاه التشريعان الألماني والسويسري ، فتضمننا نصوصا (م ٨٠ — ٨٨ ألماني وم ٨٠ — ٨٩ مدني سويسري) تنظم المؤسسات وتقضي هذه النصوص بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانوني صادر من جانب واحد . فارادة المنشئ هي التي توجد المؤسسة وتضع نظمها . وهذه الارادة تصدر من صاحبها لتنتج أثرها ، اما في حياته ، أو بعد موته وتكون الارادة في هذه الحالة في شكل وصية . ثم يلتزم المنشئ بآرائه المنفردة أيضا أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذي خصصه لهذا الغرض . ومن الضروري في القانون الألماني الحصول على ترخيص من الحكومة (بخلاف القانون السويسري) . ويجوز للحكومة التعديل من أغراض المؤسسة ، اذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام ، وتحترم في ذلك ارادة المنشئ بقدر الامكان .

(١) أنظر كتابنا في الالتزامات جزء أول نظرية المقدم ص ٢٠٤ هامش عمدة ١ .

وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات ، ويجعل انشاءها بطريق مباشر ، بمجرد تخصيص مال لها . وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذى تكسب به الجمعيات هذه الشخصية . ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية . والترخيص تارة يكون جتيميا ، وطورا يترك لتقدير الادارة ، مع جواز الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا . وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات . أمامنا كل هذه النصوص فى التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات فى مصر . فان أمر هذه المؤسسات أصبح الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وبازدياد النشاط الاقتصادى فى البلاد .

تكوين العقد : قدما أن تقنيننا المدنى قد أغفل مسألة من أمهات المسائل فى العقد ، وهى مسألة تكوينه . فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد ، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة ، مثل القوة الملزمة للإيجاب ، وتوافق الإيجاب مع القبول ، وفى أى وقت يتم ذلك اذا كان التعاقد بين غائبين ، وفى أى مكان ، وما قيمة الإيجاب المعروض على الجمهور ، وما قيمة السكوت كتعبير عن الارادة ، وغير ذلك من المسائل الهامة .

ونستطيع أن نستفيد فائدة كبرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى فى هذا الصدد ، فهى من خير المثل التى تحتذى . وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة فى المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات ، وهذه هى نصوصها :

المادة ١ : « يكون العقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان ارادتهما ، متبادلتين متوافقتين . واظهار الارادة قد يكون صريحا أو ضمنيا » ^(١) . ويبدو أن هذا

(١) Art. 1er. Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

النص يأخذ بنظرية الارادة الظاهرة في العقد .

المادة ٢ : « اذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر العقد قد تم ، حتى لو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق . وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر فى ذلك طبيعة التعامل^(١) » . وظاهر أن هذا النص يعطى القاضى بعض السلطة فى تكوين العقد . وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى للقاضى كثيرا من الأمور ، فهو يشرع قارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة أخرى .

المادة ٣ : « كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر ، ويحدد ميعادا للقبول ، يلتزم بإيجابه حتى نهاية الميعاد . وينحل التزامه اذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد »^(٢) . وفى هذا النص اعتراف بالقوة الملزمة للإيجاب ، وأخذ بنظرية العلم بالقبول .

المادة ٤ : « اذا عرض الايجاب على شخص حاضر ، دون تحديد ميعاد للقبول ، تحلل صاحب الايجاب اذا لم يصدر القبول فى الحال . وتعتبر العقود التى تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين ، اذا اتصل الطرفان ، أو وكلاهما ، أحدهما بالآخر اتصالا شخصيا »^(٣) . وقد اعتبر هذا النص العقد بطريق

Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les (١) points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclu- (٢) sion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

Art. 4. Lorsque l'offre a été faite à une personne présente (٣) sans fixation de délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires n'ont été personnellement en communication.

التليفون كأنه عقد تم بين حاضرين ، وان كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذي يتم فيه العقد ، لا من حيث المكان .

المادة ٥ : « اذا صدر الايجاب لشخص غائب ، ولم يحدد لقبوله ميعاد ، بقي صاحب الايجاب مرتبطا به الى الوقت الذي يتوقع فيه وصول رد ، يرسل في الوقت المناسب وبطريق منتظم . وله أن يفرض وصول الايجاب في وقت مناسب . واذا وصل القبول ، ولو أرسل في وقت مناسب ، متأخرا الى من صدر منه الايجاب ، وكان هذا لا يريد الارتباط به ، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك في الحال ^(١) » . وعند هذا النص لا يسعنا الا أن نعجب بالتسلسل المنطقي الذي ساق به المشرع السويسري نصوصه . فهو في المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميعادا للقبول ، وفي المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميعادا سواء كان الطرف الآخر حاضرا ، وهذا ما نص على حكمه في المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المادة ٦ : « اذا كان صاحب الايجاب ، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف ، لا يتوقع صدور قبول ، يعتبر العقد قد تم اذا لم يرفض الايجاب في ميعاد مناسب ^(٢) » . وهذا نص محكم ، يبين متى يعتبر السكوت قبولا . يقابله نص لا يقل عنه أحكاما ، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن « السكوت

Art. 5. — Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à (١) une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison (٢) de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

في معرض الحاجة بيان » .

المادة ٧ : « صاحب الإيجاب لا يتقيد به ، اذا تحفظ في هذا الشأن تحفظاً صريحاً ، أو اذا ظهرت نيته في عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الخاصة . ولا يعتبر إيجاباً ملزماً إرسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان أثمانها فيعتبر إيجاباً ^(١) » . وهذا نص يأتي بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض الصادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر إيجاباً باتاً . وقد يكون موضع هذا النص متأخراً في هذا المكان .

المادة ٨ : « من تعهد علناً باعطاء جائزة في مقابل القيام بعمل ، يلتزم بدفعها طبقاً لتعده . فاذا عدل عن التعهد قبل أن يصل إليه شيء ، التزم برد المصاريف التي أنفقت عن حسن نية ، الى حد قيمة المكافأة التي وعد بها ، الا اذا أثبت أن النتيجة المنشودة ما كانت لتتحقق ^(٢) » .

وهذا النص الذي يحدد ، في حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب العدول عن إيجابه ، لا يتفق مع المنطق في نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard ^(١) des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire. L'envoi de tarifs, de prix courants etc., ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix, est tenu dans la règle pour une offre.

Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange ^(٢) d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi ; à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu.

المادة ٩ : « يعتبر الإيجاب غير موجود ، إذا وصل العدول عنه الى من توجه اليه ، قبل وصول الإيجاب ، أو في نفس الوقت ، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالإيجاب . وتطبق القاعدة نفسها في حالة العدول عن القبول ^(١) » . وهذا نص يبين متى يمكن العدول عن الإيجاب أو القبول . ويظهر لنا أن موضع النص في هذا المكان متأخر ، كما لاحظنا ذلك في نص المادة ٧ .

المادة ١٠ : « التعاقد فيما بين غائبين ينتج آثاره من الوقت الذي يصدر فيه القبول وإذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع آثار العقد الى وقت قبول الإيجاب ^(٢) » . وهذا نص في التعاقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو محل للنظر ، في هذا الموضوع الدقيق ..

هذه نصوص واضحة ، تقرر أحكاما هامة . وهي مثل طيب في الترتيب المنطقي والوضوح واستعابة الموضوع في غير تكلف ولا إطالة . ونتمنى على مشرعنا لو عني بدراسة هذه النصوص وأمثالها عند مراجعة التقنين المدني ، حتى يقتبس منها ما يراه صالحا في هذا الموضوع الهام ، بعد أن أغفله أغفالا تاما في التقنين الحالي .

وقد وضع المشروع الفرنسي الايطالي نصوصا مماثلة للنصوص المقدمة في تكوين العقد (م ٢ — ٤) . وهي أكثر اختصارا ، ولكنها أقل وضوحا ،

Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, si le re- (١)
trait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou
si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire
avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La même règle
s'applique au retrait de l'acceptation.

Art. 10. Le contrat entre absents déploie ses effets dès le mo- (٢)
ment où l'acceptation a été expédiée. Si une acceptation expresse n'est
pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'ac-
ceptation de l'offre.

وليس فيها هذا التسلسل المنطقي الذي نراه في قانون الالتزامات السويسري .
ومن بين النصوص الثلاثة التي أتى بها المشروع في هذا الموضوع ، نرى النص
الثاني (م ٢) طويلا شديدا التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تجزئته الى
عدة نصوص .

أما التقنين الألماني ، فقد تناول هذا الموضوع في نصوص كثيرة
(م ١٤٥ — ١٥٦) . وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقي قد يكون أدق من
ترتيب التقنين السويسري . وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم
يتعرض لها المشرع الفرنسي . فهي جديرة بالدراسة والتحصيل ، لتقارن
بنصوص التشريع السويسري ، فيخرج الباحث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية
التشريعية . ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الألمانية . ولكن نكتفي
بالإشارة الى نص المادة ١٥٣ ، وهو يقضي بعدم سقوط الإيجاب بموت أو زوال
أهلية الموجب ، وهذه نتيجة منطقية من جعل الإيجاب ملزما .

النيابة في التعاقد : لم يضع المشرع المصري نظرية عامة للنيابة في التعاقد ،
ولا نجد مثل هذه النظرية في التشريع الفرنسي . فالتشريعان ناقضان من هذه
الناحية . واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكفي لتقرير كل أحكام النيابة ، فالوكالة
ليست الا نوعا واحدا من أنواع النيابة .

وقد عنيت التقنيات الحديثة بهذا الموضوع . فرى التقنين الألماني يورد
نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ — ١٨١) بدقته المعهودة ، وترتيبه المنطقي ،
واستيعابه للموضوع .

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسري (م ٣٢ — ٤٠) والمشروع
الفرنسي الايطالي (م ٣٠ — ٣٧) ونصوص هذه التقنيات الثلاثة جديرة
بالمقارنة بعضها ببعض الآخر ، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماجها
في تقنيننا الجديد .

الارادة المنفردة : هي نظرية جرمانية الأصل . ولكنها تجاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت في كثير من القوانين .
أما التقنين الألماني فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وإن كان قد أخذ بها على سبيل الاستثناء في مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسري على هذا النهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام في حالات خاصة .

وانفرد المشروع الفرنسي الايطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة ، باعتبارها مصدرا للالتزام ، فقضى في المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة اذا كانت مكتوبة ، واقرنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها الى علم من توجهت اليه ولم يرفضها . وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد ، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات ... (١) » .
وقد جاء في التقرير المرفق بالمشروع ما يأتي : « ان هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والايطالية . فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل . ولكن هذا الاعتراض ، اذا كان فيه بعض الوجهة بالنسبة للقانون الفرنسي ، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الايطالى على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد ، يعتبر الايجاب ملزما بمجرد وصوله الى علم من توجه اليه ، فالتجديد ليس اذن كبيرا بالنسبة لهذا القانون . ومن المفيد ادخاله في القانون الفرنسي ، فهو يضع حدا للخلاف في تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هي عقود أو هي مجرد ارادة منفردة ، كما في تطهير العقار . وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام

Art. 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit (١) et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

ما يصدر عن الشخص من تعهد ، بالتمشي مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد . فهي لم تكثف بالشروط الموضوعية للعقد ، من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة^(١) .

ولا يسعنا ، أمام الاعتبارات التي أشار إليها التقرير ، ألا أن نشير بجعل هذه المسألة موضع عناية مشرعنا عند وضع التقنين الجديد .

الصوربة : موضوع ذو خطر في الحياة العملية . ليس عندنا فيه نص فيما عدا الهبة المستترة . والنصوص الفرنسية ناقصة معيبة .

وقد وضع المشرع الألماني نصا في الصوربة (م ١١٧) يقضى بجعل العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة للغير . وهو حكم غريب يفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسري (م ١٨ فقرة ثانية) ويقضى بسريان العقد الظاهر .

وأفضل من النصين ، وأكثر استيعابا للموضوع ، نص المادتين ٤٩ و ٥٠ من المشروع الفرنسي الايطالي . وتقضى المادة الأولى بأنه « في حالة الصوربة ، لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين وإذا قصد المتعاقدان ، باتخاذها شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته . ويجوز لدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصوربة التي وقعت ضارة بهم . ويجوز اثبات الصوربة بكل الطرق ،

(١) أنظر ص ٧١ — ص ٧٣ من التقرير المذكور . أنظر أيضا م ٢٢ من القانون التونسي وم ١٨ من القانون المراكشي .

حتى فيما بين المتعاقدين ^(١) . وتقضى المادة الأخرى بأن « العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام . ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها ^(٢) » . وفي هذين النصين المتقدمين ملخص دقيق واضح لأحكام الصورية . وهما ولا شك نصان يصلحان للاستئناس بهما عند مراجعة التقنين المصري . ونلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي قد خرج على القواعد العامة في أحكام الصورية في مسألة واحدة ، وهي اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق .

الغبين : لم يضع المشرع المصري نظرية عامة للغبن ، بل اقتصر على إجازة الطعن بالغبن في بعض حالات معينة نص عليها . وكذلك فعل المشرع الفرنسي . والتشريعان ناقصان من هذه الناحية .

أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألماني في المادة ١٣٨ اذ قضت بما يأتي :
« كل عمل قانوني يخل بالآداب يكون باطلا . ويكون باطلا بنوع خاص العمل

Art. 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit (١)
pas d'effets entre les parties. Si, sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure un autre, ce dernier est valable pourvu qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité. Les créanciers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi ; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice. La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties.

Art. 50. Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles (٢)
par la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

القانوني الذي يستغل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته ، فيحمله ، في نظير شيء معين ، على أن يتعهد أو يعطي ، له أو لشخص آخر ، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشيء ، غير متعادلة الى درجة فادحة ^(١) .

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري على ما يأتي : « في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، في غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، اذا كان قد دفع الى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجربة » ^(٢) .

وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الايطالي بما يأتي : « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض ، تبعا للظروف ، أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن

Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes (١) mœurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la presta- (٢) tion promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

يبطل العقد ، أو أن ينقص الالتزامات ^(١) .

هذه نصوص في الغبن تضع نظرية عامة له ، وتجعله يتمشى على كل العقود ، فلا تخص عقداً دون آخر . وكل عقد تحقق الغبن فيه وكان هذا الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للثاني ، يكون باطلاً . حكم شامل يحقق العدالة في جميع العقود . وتشترك هذه النصوص في أنها تنظر جميعها إلى الغبن نظرة شخصية لا نظرة مادية ، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء ، لأنه ، وهو نتيجة استغلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة ، يكون قد وقع بناء على اكراه أو غلط أو تدليس . وتشترك هذه النصوص في شيء آخر ، فهي جميعها تضع للغبن معياراً مرناً لا قاعدة جامدة ، فلا يقدر الغبن برقم محدود ، كما هو الأمر في التقنين الفرنسي والمصري ، بل الغبن هو اختلال فادح في التعادل ، أو هو اختلال واضح أو هو انحراف عن كل تعادل .

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص ، ويختار لنفسه نصاً يصل منه إلى تقرير مبدأ عام في الغبن ، ليس موجوداً في تشريعنا الحاضر .

الدفع بعدم التنفيذ : (exceptio non adimpleti contractus) :

لا يوجد في تقنيننا ولا في التقنين الفرنسي ، نص عام على هذا الدفع ، مع أهميته . ونحن إنما نصل إلى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات ،

أما التقنينات الحديثة فقد أوردت نصوصاً عامة في هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألماني على ما يأتي : « كل

Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors (١) de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

من كان ملتزماً بموجب عقد ملزم للجانبين ، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه ، حتى يتحقق تنفيذ الالتزام المقابل ، إلا إذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أولاً^(١).

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسري على أن « من يطلب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ ، أو عرض أن ينفذ ، التزامه هو ، إلا إذا كان منتفعاً بأجل مشروط في العقد أو مستخلص من طبيعته^(٢) ».

وتقضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه « في العقود الملزمة للجانبين ، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحدت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين^(٣) ».

على أننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، مع أن الدفع بعدم التنفيذ أوسع نطاقاً من هذه الدائرة . فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر ، سواء نشأ الالتزامان أو أحدهما من عقد ملزم للجانبين ، أو من عقد ملزم لجانب واحد ، أو من غير عقد أصلاً ، وكان هناك ارتباط ما بين هذين الالتزامين ، فلا يجوز لأحدهما أن يطلب الآخر بتنفيذ التزامه ، ما لم يقم من جانبه بتنفيذ ما التزم به . فنحن نرسم بهذا المبدأ

Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

Art 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

Art. 48. Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différentes pour l'exécution des deux obligations.

دائرة واسعة للدفع بعدم التنفيذ . ونرى ربط ما نسميه « حق الحبس » بهذا الدفع فما حق الحبس هذا الا تطبيق من تطبيقاته ، وليس هو بالحق العيني كما زعم مشرعنا (م ١٩/٥) .

الاشتراط لمصلحة الغير : تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا . وكان قد ورد في التقنين الفرنسي على أنه استثناء ضيق من القاعدة التي تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير ، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة . وورد في التقنين المصري في عبارة غامضة ، أشرنا اليها غير مرة ، ثم ما لبث أن نقض بالمبدأ العكسي ، حيث قرر المشرع المصري أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقيدها . فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا في كل من التقنينين . ويستحيل على من يقرأ النصوص التي وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ أن يدرك منها أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء ، بل أصبح هو القاعدة ، بحيث يجوز لكل شخص أن يتعاقد مع آخر ، مشروطا حقا يكسبه الغير من هذا التعاقد .

وهذا ما تولت التقنيات الحديثة تقريره في وضوح وجلاء . فقرر التقنين الألماني هذا المبدأ العام في المادة ٣٢٨ . وهي تقضى بأنه « يجوز اشتراط القيام بالتزام للغير ، بمقتضى عقد ، يكسب الغير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام ^(١) » . ثم أورد نصوصا أخرى كثيرة ، تفصل قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وهي القواعد المعروفة .

أما قانون الالتزامات السويسرى فقد نص في المادة ١١٢ على أن « من اشترط ، وهو يتعاقد باسمه ، التزاما لمصلحة الغير ، كان له الحق في أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام لفائدة الغير . ويجوز للغير أيضا ، وخلفه ، أن يطلب التنفيذ

Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à (١) faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

بنفسه ، اذا كان هذا هو نية المتعاقدين ، أو قضى العرف بذلك ^(١) .
وينص المشروع الفرنسي الايطالى فى المادة ٤٥ على ما يأتى : « يجوز أن
يشترط شخص ، يتعاقد باسمه ، حقا للغير ، اذا كان له مصلحة شخصية ، مادية
أو أدبية ، فى تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، حقا
فى ذمة المتعهد ، اذا لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك . على أن للمشتراط أن
ينقض ما اشترطه ، الى أن يعلن الغير ارادته فى أن ينتفع بالحق ^(٢) » .
وكل هذه نصوص صريحة فى جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن
نحتذيها فى تقنيننا الجديد .

نصوص أخرى : ويضيق بنا المقام ، لو ذكرنا كل النصوص التى يصح
أن نهتدى بها فى التقنيات الحديثة . فنكتفى هنا بالإشارة الى بعضها . فمن ذلك
النص الخاص بنظرية تحويل العقد فى القانون الألمانى (م . ١٤) . والنصوص
الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (أنظر م ٨٢٩ ألمانى وم ٥٤
الالتزامات سويسرى وم ٧٦ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة
بقاعدة الاثراء بلا سبب (أنظر م ٨١٢ ألمانى — وم ٦٢ من قانون الالتزامات
السويسرى وم ٧٣ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة بجواز
حوالة الدين ، على نسق حوالة الحق (أنظر م ٤١٤ الى ٤١٩ من التقنين الألمانى
وم ١٧٥ الى ١٨٣ من قانون الالتزامات السويسرى) . وغير ذلك .

Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stipulé (١)
une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution
au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi récla-
mer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des
parties ou tel est l'usage.

Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au profit d'un (٢)
tiers lorsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécu-
tion de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convention
contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois,
celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu'à ce que le
tiers ait déclaré vouloir en profiter.

ولا تنسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد ، وإن كل تقنين حديث يظهر يحمل أثر التقنيات التى سبقته . فالتقنين السويسرى أخذ من التقنين الألمانى ، والمشروع الفرنسى الايطالى أخذ عن كل من التقنينين . وعن هذه التقنيات أخذ غيرها من التقنيات الأخرى . فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنيات الحديثة بعضها ببعض الآخر . ولا يسع أمة أن تنزل فى تقنيها عن تقنيات غيرها من الأمم ، والا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئا . وإنما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليدا أعمى ، فلا تنقل عن تشريع أجنبى الا ما يتلاءم مع حالتها .

ج - الشريعة الاسلامية

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية التاريخية : يجب أن تنال الشريعة الاسلامية نصيبا كبيرا ، من عناية المشرع المصرى عند تنقيح التقنين . فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية . ولا تزال شريعة البلد فى قسم كبير من القانون المدنى ، هو قسم الأحوال الشخصية ، وفى بعض موضوعات من قانون المعاملات .

واستقاء تشريعنا ، بقدر الامكان ، من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا ، بل ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه .

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية العلمية : هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم . وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا نعرف فى تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانونى الدقيق ، يضاهى منطق القانون الرومانى ، الا الشريعة الاسلامية .

فاذا كان لنا هذا التراث العظيم ، فكيف يجوز أن نفرط فيه ! لا نتردد فى الإشارة بوجوب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى

كثير من الموضوعات ، التي يكون الرجوع فيها الى هذه الأحكام ممكنا ، فان منها ما يقوم على مبادئ تضاهي أو تفوق أحدث المبادئ القانونية في العصر الحاضر . ولا يجوز أن ننخدع بهذه النظرية السطحية التي يلقيها البعض على الشريعة الاسلامية ، فيعتقد فيها عدم الصلاحية والجمود ، فانها نظرة خاطئة . فالشريعة الاسلامية قد تطورت كثيرا ، وتستطيع أن تتطور ، حتى تماشي المدنية الحاضرة . وقد أنصفها الدكتور انريكو انساباتو (Enrico Insabato) حين قال : « ان الاسلام اذا كان محدودا غير متغير في شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضاءل ، في خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكامل ماله من قوة الحياة والمرونة » (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الاسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية ^(١) . وينصح الأستاذ بيولا كازيللي ، في مقاله الذي سبقت الإشارة اليه ، بالأخذ من مبادئ الشريعة الاسلامية ، فان هذا أكثر اتفاقا مع روح البلد القانونية ^(٢) .

(١) الدكتور انساباتو : الاسلام وسياسة الحلفاء ص ١٤٥ — ص ١٤٦ .

(٢) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٥ . واذا كان بعض المستشرقين ، كالأستاذين شنوك هير حرونج وجولد زهير ، خبل له أن مبادئ الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور ، فذلك يرجع الى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون ، فهم ينظرون الى الشريعة الاسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، والا فان رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين في نظرهم الى الشريعة . ويمكن أن نشير الى الفقيه الألماني الكبير كوهلر (Kohler) والى الأستاذ الإيطالي دلفيشو (Del Vecchio) عميد كلية الحقوق بروما والى العميد الأمريكي ويجمور (Wigmore) والى كثيرين غيرهم من الفقهاء ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي ، احدي الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم .

وقد أشار الأستاذ لامبير (Lambert) ، الفقيه الفرنسي المعروف ، في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ ، الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر (أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس . القسم الافرنجي ص ٣٠١ — ٣٠٢) .

هاجة الشريعة الاسلامية الى حركة تجديد علمية : لا تنكر أن الشريعة الاسلامية فى حاجة الى حركة علمية قوية ، تعيد لها جدتها ، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ أمد طويل ، وتكسر عنها أغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء .

وقد اقترحنا فى كتاب « الخلافة »^(١) أن ترتكز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة وفى ضوء القانون المقارن . وتقوم هذه الدراسة الجديدة على أساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية . فالأولى لا شأن لنا بها ، وإنما نعى بالآخيرة . فتميز فيها بين حكم اقتضاه اقتران الدين بالفقه الاسلامى ، وهذا يبقى محترما ولكن فى العقيدة والقلب اذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانونى المحض ، وهذا هو الذى يدخل فى دائرة بحثنا العلمى . ثم نميز أيضا ، فى هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادئ العامة الشاملة ، وهذه هى الأسس التى تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هى التى تتطور حتى تماشى الزمن . ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشريعة الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور فى هذه الشريعة ، فهو الذى يكفل لها حياة متجددة تمشى مع مقتضيات المدينات المتغيرة .

ظهر الاجماع ، فى أول مراحله ، فأعطى للعادات مكانا بين المصادر القانونية . فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة ، أى عاداتهم ، باعتبار أنهم اذا اعتادوا شيئا وأجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيا بين ظهرانيهم . ثم استخدم الفقهاء الاجماع ، فى مرحلة ثانية ، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما . واستخدموه ، فى مرحلة ثالثة ، ليخلص لهم هذا القانون الملزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة .

(١) « الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية » : باريس سنة ١٩٢٦

ص ٥٨٠ — ص ٥٨٦ و ص ١٣ — ص ١٦ .

فالإجماع في المرحلة الأولى كان شيئاً يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور : عادة ألفها الناس فصارت محترمة . أما في المرحلتين الأخريين ، فهو يصدر عن شعور ، وإن لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الإجماع ، في مراحل المنطقية ، وجب أن يصل إلى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفى فيه بالاتفاق العرضي . فيجتمع المسلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاماً تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعاً . وبذلك يكون الإجماع عنصر التجديد في الشريعة الإسلامية ، يحتفظ لها بمرونتها وبقدرتها على التطور .

صلاحية الشريعة الإسلامية : حتى في حالتها الراهنة : لأنه تكون مصدراً للتقنين المصري : ومهما يكن من أمر الشريعة الإسلامية ، وحاجتها إلى حركة التجديد التي نشير إليها ، فإنها ، حتى في حالتها الراهنة ، تصلح مصدراً خصباً يستمد منه المشرع المصري كثيراً من المبادئ القانونية في تقنينه الجديد . وما لنا نذهب بعيداً . ألم يأخذ المشرع المصري فعلاً بكثير من أحكام الشريعة الإسلامية في تشريعنا الحاضر . وهذه محاكمنا الأهلية والمختلطة — دع المحاكم الشرعية — تطبق كل يوم هذه الأحكام في الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتغلغلة في صميم المعاملات المدنية . ألم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ ألم تقن أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الموضوعات ، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضق التقنين بها ، بل جعلها تبرز في حلة لم ينكر معها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا نتردد إذن في المضي في هذا الطريق ، وقد سار فيه مشرعنا ، منذ خمسين عاماً ، شوطاً بعيداً ، نتعقبه فيه هنا . فنذكر ما أخذناه قانوننا بالفعل من الشريعة الإسلامية . ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكناً أن نأخذ به من مبادئ الشريعة في تقنيننا الجديد .

ما أخذ القانون المدنى المصرى من الشريعة الاسلاميه

الأحوال الشخصية : لا تقتصر على الاشارة الى أن نصف القانون المدنى ، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الاسلاميه ، ولا الى أن هناك كثيرا من المسائل التى تنقسمها الأحوال الشخصية والمعاملات ، كالهبة والوقف والحكر ، يرجع فيها الى أحكام هذه الشريعة . ولكن نريد أن نبين أن المشرع المصرى لم يغفل الشريعة الاسلاميه حتى فى القسم الخاص بالمعاملات المحضة .

المعاملات : أخذ مشرعنا ، فى القانونين الأهلى والمختلط ، عن الشريعة الاسلاميه فى المعاملات بعضا من نظمها الرئيسية كاشفعة ، وبعضا من أحكامها التفصيلية مما سنشير اليه فيما يلى . وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين ، والمصريين وغير المصريين . وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم .

ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة فى الأخذ ببعض أحكام الشريعة الاسلاميه . والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض أحكام هذه الشريعة ، ووضعها فى أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والايجار . وقد دفعه الى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التى صممت المشرع المصرى على الأخذ من الشريعة

الاسلاميه : فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا فى الحقوق العينية وفى العقود كثيرة الذبوع ، كما فعل فى حقوق الارتفاق وفى اكتساب حق الملكية بالشفعة وفى جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل فى بعض أحكام البيع والايجار .

وهو طورا يتأثر فى الحكم الذى ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية ، كما فى بيع المريض مرض الموت ، فقد أنزله على حكم الوصية .

وهو ثالثة يخضع في ايراد الحكم للمنطق القانوني الصحيح . فيعدل عن قاعدة في القانون الفرنسي الى أخرى مختلفة عنها في الشريعة الاسلامية ، لأن هذه أكثر تمشيا مع القواعد العامة . كما فعل في تحميل هلاك الشيء المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشتري .

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الاسلامية ، حتى لا يتورط في نقل مبادئ القانون الفرنسي الى بلد لم تألفها ، كما فعل في اشتراط قبول المدين لحوالة الحق في القانون الأهلي دون المختلط .

كيف اتصل المشرع المصري بمصادر الشريعة الاسلامية : أما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الاسلامية ، فذلك ما ليس بجلى في تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نوري ولا موريوندو بالمتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنهما كانا يعرفانها معرفة كافية ، لكان من المحتمل أن يستفيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد اليهما بوضع التقنين المصري ، محامين يمارسان مهنتهما في مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلا بالشريعة الاسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم اقامتهما في مصر ، فان كثيرا من الأقضية بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها الى معرفة أحكام الشريعة الاسلامية . ثم انهما ، بعد أن عهد اليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من التعرف ببعض أحكام هذه الشريعة التي كانت قانون البلد في ذلك العصر . ولا نزال نجهل الى أي مصدر لجأ لمعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على أنهما اتصلا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الرسميين وبعض علماء الأزهر الشريف ، وقد قدمنا أن موريوندو كان يستعين بالأستاذ البحراوى مفتي نظارة الحقانية في ذلك الوقت . وقد يكونان ذهبا مباشرة الى مصادر الشريعة الاسلامية في كتبها المؤلفة أو المترجمة ، وأن كان ذلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان استعاننا بالجلة العثمانية ، وقد قننت فيها أحكام الشريعة الاسلامية ، وكان ظهورها حديثا في ذلك العصر (سنة ١٨٦٩) . أما كتب المرحوم قدرى باشا فلم تكن قد

ظهرت بعد ، وان كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدرى باشا نفسه ، وكان ناظرا للحقانية فى سنة ١٨٨١ .

ومهما يكن من الأمر ، فان الثابت شيثان : الأول أن مانورى هو الذى بدأ الأخذ بالشريعة الاسلامية فى بعض أحكامها فى التقنين المختلط الذى وضعه . وقد قلده موريوندو فيما أخذه ، وقلما حاد عنه فى ذلك ، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كحذف بيع المحصول المستقبل ، وكإضافة وجوب رضا المحال عليه فى حوالة الحق) فان نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الاسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط . والشئ الثانى أن كلا من مانورى وموريوندو كانا محدودى العلم بأحكام الشريعة الاسلامية ، الى حد أنها كانا يخطئان فى نقلها فى بعض الأحوال ، كما فعلا فى بيع المريض مرض الموت .

تفصيل ما أفهده المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية : والآن نذكر الأحكام التى استعدها المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية ، وهى متصلة بالموضوعات الآتية : حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيع والحوالة والايجار والكفالة .

مقوق الارتفاق :

(١) نقل المشرع المصرى الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل عن الشريعة الاسلامية . فليس فى القانون الفرنسى الا نص واحد مقتضب فى هذا الموضوع ، هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى ايجازه قد تضمن أربع مواد (٥٥/٣٤ — ٥٨/٣٧) ، اذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٤ — ٦٨ من كتاب مرشد الحيران) أمكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٢) وفى الحائط المشترك أورد المشرع المصرى نصا (م ٥٩/٣٨ — ٦٠) يختلف فى الحكم عن نص القانون الفرنسى (م ٦٥٣) ، ويتفق مع حكم الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٩ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) وقد أورد المشرع المصرى فى أول نص تكلم فيه على حقوق

الارتفاق (م ٥١/٣٠) حكما يقضى بالرجوع الى عرف البلد ، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية ، وقد فسرتة المحاكم بذلك .

أسباب اكتساب الملكية :

(٤) وفي أسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها ، لا يعرفه القانون الفرنسى ، وهو الشفعة . وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية) . ولكنه لم يعد مبادئ الشريعة الاسلامية ، كالتقنين الذى سبقه .

(٥) وفي التقادم خالف المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تحديد مدته الطويلة ، فجعلها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا فى هذا مع الشريعة الاسلامية . وأنقص المدة القصيرة تبعا لذلك الى خمس سنوات . وفى الوقف والميراث تأخذ المحاكم بمدة التقادم فى الشريعة الاسلامية وهى ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة الاسلامية وتقادم القانون المصرى المأخوذ من القانون الفرنسى ، فى أن التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الآخر فوسيلة لكسب أو إسقاط الحق ذاته .

البيع : وقد أخذ المشرع المصرى فى البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

(٦) فأخذ بخيار الرؤية ، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية ، فى النصوص التى وضعها لذلك (م ٢٥٠ — ٢٥٣/٣١٦ — ٣١٨) .

(٧) وأخذ بحكم الشريعة الاسلامية فى بيع المريض مرض الموت ، وجعل هذا البيع فى حكم الوصية (م ٢٥٤ — ٢٥٦/٣٢٠ — ٣٢٣) .

(٨) وأخذ القانون المختلط ، دون القانون الأهلى ، بحكم الشريعة الاسلامية فى تحريم بيع المحصولات المستقبلية (انظر م ٣٣٠ — ٣٣١) .

(٩) وكذلك أخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع فى حبس الشئ المبيع

إذا حول بالثمن على المشتري . فنصت المادة ٣٥٢ مختلط على أنه ليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول على المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه . ولا مقابل لهذا النص في القانون الأهلي ، ولا في القانون الفرنسي . وحكم النص متفق مع حكم الشريعة الإسلامية ، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الخيران هذا الحكم كما يأتي : م ٤٥٦ : إذا أحال البائع أحدا على المشتري بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا ، أو بما بقي له منه ان كان لم يقبضه كله ، وقبل المشتري الحوالة ، سقط حق البائع في حبس المبيع . ثم كل هذا الحكم بما ورد في المادة ٥١١ من كتاب مرشد الخيران ، ونصها ما يأتي : « إذا أحال البائع بالثمن على المشتري ، فدفعه الى المحال ، ثم استحق المبيع بالبينة ، يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال » .

(١٠) وأهم حكم في البيع أخذه المشرع المصري عن الشريعة الإسلامية هو حكم هلاك الشيء المبيع قبل التسليم إذا كان معينا ، فانه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد نقل القانون المصري هذا الحكم عنها (م ٣٧١/٢٩٧) ، دون القانون الفرنسي الذي يجعل الهلاك على المالك وهو المشتري (م ١١٣٨ فرنسي) . وحكم الشريعة الإسلامية أكثر تماشيا مع القواعد العامة ، فانه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشيء المبيع لهلاكه في يده ، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم ، وأمكن المشتري أن يفسخ البيع ، وأن يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ، فيتحمل البائع تبعه الهلاك .

(١١) وفي ضمان العيب الخفي ، أخذ المشرع المصري بحكم الشريعة الإسلامية في حالة بيع جملة أشياء معينة ، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده ، فنص على فسخ البيع في كل المبيع إذا ظهر العيب قبل التسليم (م ٣١٦/٣٩٠) ، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر ، إذا ظهر العيب بعد التسليم (م ٣١٧/٣٩١ — ٣٩٢) . وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية (م ٥٣٣ و م ٥٣٤ من كتاب مرشد الخيران) ، ولا مقابل لهذه النصوص في القانون الفرنسي .

كذلك اذا حدث بالبيع عيب جديد الى جانب العيب القديم ، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٤٠١) ، دون القانون الأهلى ، حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٥٣٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الحيران) . وليس فى القانون الفرنسى مقابل لذلك .

ونقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن فى الأحوال التى يجوز فيها للمشتري طلب ذلك ، رجوعا بضمان العيب الخفى . فىكون باعتبار قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٣١٩ / ٣٩٤) . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية ، اذ يقوم المبيع سالما ، ثم يقوم معيبا . وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى ، فلا يفصل طريقا لانقاص الثمن ، بل بكل الأمر فى ذلك لأهل الخبرة (م ١٦٤٤ فرنسى) .

(١٢) وفى الغبن يأخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسى . فلا يجيز الطعن فى البيع للغبن الا اذا كان البائع قاصرا مغبونا فى أكثر من خمس قيمة العقار (م ٣٣٦ / ٤١٩) ، وهذا هو المقدار الذى تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش ، وتقصره على القاصر دون البالغ (م ٣٠٠ و م ٥٤٦ من مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى فيعطى حق الطعن بالغبن للبالغ أيضا ، ويتطلب أن يكون مقدار الغبن زائدا على $\frac{7}{13}$ من قيمة الشيء المبيع (م ١٦٧٤ فرنسى) . على أن القانون الفرنسى المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية فى أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول ، ويعطى البائع الحق فى تكملة الثمن لا فى البطلان .

المحوالة :

(١٣) ويتطلب القانون الأهلى ، دون القانون المختلط ، رضا المدين

فى حوالة الحق (م ٣٤٩) ، جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢ مرشد الحيران) .

الايجار :

(١٤) وفى الايجار يلزم القانون المصرى المؤجر بتسليم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) ، ولا يكلفه القيام بعمل أى مرمة (م ٤٥٣/٣٧٠) ، متفقا فى هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ٦٤٢ و م ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران) ، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى ، الذى يوجب تسليم العين فى حالة حسنة من الترميم و يلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى) .

(١٥) ونقل المشرع المصرى حكم غرس الأشجار فى الأرض المؤجرة (م ٣٩٤ — ٣٩٥/٤٨١ — ٤٨٢) من الشريعة الاسلامية (م ٦٧٧ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لذلك فى القانون الفرنسى . ولم تفرق الشريعة الاسلامية ، دون مبرر لذلك ، بين الأشجار والبناء ، كما فعل القانون المصرى .

الكفالة :

(١٦) ونقل المشرع المصرى حكم كفالة النفس (م ٥٠٨/٦٢٠ — ٦٢١) عن الشريعة الاسلامية (م ٨٤٨ — ٨٥١ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

ما يمكن اخذه من الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين المدنى

أسلوب منطقى للاقتباس من أحكام الشريعة الاسلامية : على أن ما يمكن أخذه من مبادئ الشريعة الاسلامية ، مما يتماشى مع أرقى وأحدث المبادئ القانونية ، هو أجل شأننا وأكبر خطرا مما أخذه مشرعنا المصرى .

ونرسم أولا اسلوبا منطقيا نجرى عليه فى الاقتباس من أحكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين . وعندنا أن الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع اليها فى شيئين : (أولا) فى ترقية مبادئ القانون المصرى ، (ثانيا) فى سد وجوه النقص فيه .

أما ترقية مبادئ التشريع فذلك يكون على وجهين : (١) من طريق النظريات العامة التي تتمشى على جميع نواحي القانون. فهناك من هذه النظريات ما نجده في الشريعة الإسلامية متفقاً مع أحدث النظريات التي تقرها القوانين الحديثة . فمثل هذه النظريات يجب ألا تتردد في الأخذ به ، لا لأنه مقرر في القوانين الحديثة ، فهذا وحده لا يكفي ، إذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التي نبتت فيها ، ولكنها لا تصلح لنا . وإنما نأخذه لأن الشريعة الإسلامية وهي شريعة البلاد في الماضي ولا تزال جزءاً من شريعته في الحاضر ، قد أخذت بهذه المبادئ ، فهي إذن مبادئ تتفق مع تقاليدنا القانونية . (٢) هناك مبادئ قانونية أقل شيوعاً من النظريات المتقدمة . وهي مبادئ أخذت في الظهور في بعض القوانين الحديثة . ولا تزال محلاً للنظر والمقنن المصري سيقف أمامها في شيء من الحيرة ، يأخذ بها أم يدعها . فيستطيع أن يستعين بالشريعة الإسلامية ، ليبت في موقفه منها . فإن كان لها أصل في الشريعة كان هذا مرجحاً للأخذ بها في التقنين المصري .

أما سد وجوه النقص في التشريع المصري فذلك يكون أيضاً على وجهين : (١) هناك أحكام تنقص تشريعنا ، ولا يزال مكانها شاغراً لم يملأه القضاء ، ونحسن كثيراً لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الإسلامية ، مما يكون أقرب لتقاليدنا ، وهو بعد متفق مع المبادئ القانونية الحديثة ، بل قد يكون أرقى منها . (٢) ثم إن هناك وجوه نقص في التشريع المصري ، قد سدها القضاء بأحكامه . وقد اتفق القضاء في هذه المسائل مع ما قرره الشريعة الإسلامية فيها من الأحكام . فنسجل في تقنيننا الجديد هذه الأحكام ، مستندين فيها إلى القضاء وإلى الشريعة الإسلامية .

ونحن نقتصر هنا على إيراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة المتقدمة . ولا نحاول الحصر في أي وجه منها ، فذلك مما يضيق به نطاق هذه البحث .

نظريات عامة تمتشى على جميع نواحي القانون : تقتصر هنا على بيان النزعة المادية المتغلبة في الشريعة الاسلامية ، والتي يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدني ، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة .

(١) النزعة المادية في الشريعة الاسلامية : يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية أو النفسية ، وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام . وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية ، وهي الشرائع الجرمانية والشريعة الانجليزية .

وتختلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر في نظرتها الى النظم القانونية . فالشرائع الشخصية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي دون موضوعه المادي . وتنظر الى العقد نظرة شخصية ، فتعتبر الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية . واذا وضعت معايير فهي معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس في التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك . والنزعة المادية في القانون دليـل على تقدمه وحرصه على ثبات المعاملات واستقرارها .

فاذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية ، فهذه النزعة مادية . واذا كانت العبرة في هذه الشريعة بالمعاني دون الألفاظ ، الا أن المعاني التي نقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ . فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة . ومن هنا تدقق الفقهاء ، في كثير من المواطن ، في تحديد معاني الألفاظ التي تصدر من الشخص ، ويرتبون على اختلافها اختلافات في الحكم . وهم في ذلك ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ ، كما يتوهم البعض ، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الارادة الظاهرة ، التي يدل عليها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات المعاملات واستقرارها . ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية ، مما لا يمكن معه ضبط التعامل . كذلك نجد معايير الشريعة الاسلامية معايير

مادية تنزل عند المألوف المتعارف بين الناس . وسيتبين ذلك بشيء من الوضوح في بعض النظريات التي نستعرضها فيما يلي .

ولا شك في أن تقنيننا المدني يكسب كثيرا لو أخذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتغلغلة فيه من طريق القانون الفرنسى ، فتنزن نصوصه ، وتنضبط أحكامه .

(٢) **نظرية سوء استعمال الحق** : سبق أن أشرنا الى بعض نصوص في التقنينات الحديثة تقرر نظرية سوء استعمال الحق . وذكرنا أنه يجدر بالمشرع المصرى أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الخطيرة في التقنين الجديد .

فاذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق في أوسع مدى ، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما في الشريعة الاسلامية منها في كثير من القوانين الغربية . فهي لا تقتصر على المعيار الشخصى الذى اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل تضم اليه معيارا ماديا ، وتقيّد كل حق بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من أجله . فيحسن أن يستند المشرع المصرى ، في أخذه بهذه النظرية ، الى الشريعة الاسلامية ، ويتبع المعيار الذى أخذت به . وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية في الشريعة الاسلامية ،

جديرة بأن يسجلها المشرع المصرى في نصوص تشريعية في تقنينه الجديد . نكتفى منها هنا بذكر مثلين : (١) حقوق الجوار : وهى من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذى يساء استعماله هنا هو حق الملكية ، يستعمله الجار فى سئ استعماله ويضر جاره . وليس في التقنين المصرى الحالى نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في هذه المسألة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م ٥٧ : للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فعلى حائظه ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ : الضرر الفاحش ما يكون سببا لو هن البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش .

م ٦٠ : يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا .

م ٦١ : سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر .

م ٦٢ : رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، أما بسد الشباك أو ببناء ساتر . فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قمة الانسان ، فليس للجار طلب سده .

م ٦٣ : ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعاً ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبايك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه . وهذه الأحكام تتفق مع أرقى ما قررتة القوانين الحديثة من المبادئ فى حقوق الجوار^(١) .

(ب) التنفيذ على أموال المدين : توجد نصوص فى القانون الفرنسى ، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله ، فيبدأ ، اذا كان المدين قاصرا ، بالتنفيذ على المنقول ثم على العقار (م ٢٢٠٦ فرنسى) . ولا ينفذ على نصيب شائع مملوك للمدين ، قاصرا كان أو غير قاصر ، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٢٠٥ فرنسى) . ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على عقار غير مرهون ، الا اذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بمدينه (م ٢٢٠٩ فرنسى) . واذا

(١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص فى هذا الموضوع فى مقاله الذى سبقت الاشارة اليه (مجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٢ — ص ١٩٤) .

أثبت المدين أن ريع عقاراته الصافي مدة سنة كاف لوفاء دينه ، وتنازل عن هذا الريع للدائن ، أوقف القاضي اجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسى) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المصرى . الا أن الواجب الرفق بالمدين فلا يتعسف الدائن فى التنفيذ ، والا كان مسيئا لاستعمال هذا الحق . وهذا هو المبدأ الذى قرره الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتى : « اذا كان المالك مديونا ديننا ثابتا عليه شرعا ، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج اليها فى الحال ، ومنها مسكنه الضرورى ، اذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعى . ويباع قضاء ، اذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه . ويبدأ فى البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين » .

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرأفة بالمدين . فيكون متققا فى ذلك مع مبادئ القانون الحديثة ، فضلا عن استناده الى الشريعة الاسلامية .

مبادئ قانونية لا تزال محل للنظر : نذكر من هذه المبادئ ، على سبيل التمثيل ، مسئولية عديم التمييز ، ونظرية تحمل التبعة ، وحالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة .

(١) **مسئولية عديم التمييز :** تبني الشرائع اللاتينية المسئولية التقصيرية على أساس نفسى هو الخطأ . وينبى على ذلك أن الصبي غير المميز والمجنون ، وغيرهما ممن عدم التمييز وفقد الارادة التى يعتد بها القانون ، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ لا يتصور صدورهم منهم . ومن هنا تقرر فى القانون الفرنسى ، وفى القانون المصرى تبعاله ، أن عديم التمييز لا يكون مسئولاً عما يصدر عنه من الأعمال الضارة ، وانما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته .

أما القوانين الحديثة ، لا سيما القوانين الجرمانية ، فقد عدلت عن هذا الأساس النفسى فى المسئولية عن العمل الضار . وأوجبت مسئولية عديم التمييز الى قدر محدود . وحببتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية . وإذا كان مفهوما ألا يعاقب شخص الا اذا توافرت عنده الارادة ، لأن هذه الارادة هى التى تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن شخصا ، يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعرض هذا الضرر ، بدعوى أن الارادة تنقصه ، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص . فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبني المسئولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ .

وقد قضى القانون الألمانى فى المادة ٨٢٩ بأن عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى أحدثه للغير ، اذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه ، وبشرط ألا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وقضى قانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٤ بأنه يجوز للقاضى ، اذا اقتضت العدالة ذلك ، أن يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه ، كله أو بعضه . ويجيز المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٧٦ للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز ، عن الضرر الذى يصيب به الغير . وقضى قانون السوثييت المدنى (م ٤٠٦) بأنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وكذلك قضى المشروع البولونى فى المادة ٢٩ بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف .

كل هذه نصوص تقرر مسئولية عديم التمييز فى شىء من التحفظ . فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة ؟ أيبقى على المذهب النفسى اللاتينى الذى انتقل اليه من القانون الفرنسى ، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادى الذى أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين الحديثة بوجه عام ؟ نستفتى فى ذلك الشريعة الإسلامية . قراها تأخذ بالمعيار المادى دون

تحفظ . ونجدها تقرر أن الصبي اذا أتلّف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز . لأنه ، وان كان محجورا في الأصل ، حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، الا أنه لا يعنى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله . وان لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . حتى ان طفلا ، يوم ولد ، لو انقلب على مال انسان فأتلّفه ، يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذى لا يفيق ، اذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان (شرح المجلة ص ٥٣٤ نقلا عن الهندية) . هذه هي أحكام الشريعة الاسلامية ، تجعلنا نرجح الأخذ بالمذهب المادى ، وهو مذهب القوانين الحديثة .

(٢) نظرية تحمل التبعة : ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة . فقد تمشى المعيار المادى فى المسئولية التقصيرية الى حد أن قال قوم بحذف فكرة الخطأ بتاتا من هذه المسئولية ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى ، الذى يستفيد منه ، فى احداث ضرر ، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . هذه هي نظرية تحمل التبعة . وقد بدأت تسود فى الفقه الحديث . وأخذت بها بعض التشريعات فى أحوال معينة ، أخصها حوادث العمال وحوادث النقل .

أما القانون المصرى فهو بمعزل عن هذا . وقد قدمنا أن المسئولية فيه مبنية على خطأ ثابت . والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالخطأ المفترض الذى أخذت به المحاكم الفرنسية ، الا فى بعض أحكام قليلة سبقت الإشارة اليها . وأشد ما نشكو منه فى مصر هي حوادث النقل . فان وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة ، ولها ضحايا كثيرون ، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا الا اذا أثبتوا خطأ فى جانب من تسبب فى اصابتهم ، وقلما يتمكنون من ذلك .

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصرى فى هذا الأمر عند مراجعة التقنين ؟ هل يجارى قضاء بعض المحاكم المصرية فيأخذ بنظرية تحمل التبعة فى حوادث النقل ، ويتمشى فى ذلك مع التشريعات الحديثة . انه ان فعل وجد

مستنداً له في الشريعة الإسلامية . فمن أحكامها أن الائتلاف للبشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدي ، فإذا زلق أحد وسقط ، فأتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغماً منه ، لأن الائتلاف هنا حدث مباشرة ، وللباشر ضامن وإن لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو أن دابة يركبها إنسان داست شيئاً بيدها وأتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن في كل حال (أي دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطائرات ونحوها ، وهذا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الإسلامية بحكم يقرر مبدأً تحمل التبعة في حوادث النقل .

(٣) هواله الديين : من المقرر في القوانين اللاتينية ، وفي القانون المصري تبعاً لها ، أن الحق الشخصي تجوز حوالة حقا ، ولا تجوز حوالة ديناً ، فيصح أن ينقل الدائن حقه إلى دائن آخر ، ولكن لا يصح أن ينقل المدين دينه إلى مدين يحمل محله ، فإذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده ، والتجديد غير الحوالة .

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلاً للنقد ، إذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ في ذلك بالمذهب الشخصي ، فلا نميز حوالة الحق كما لم نميز حوالة الدين ، وبين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ في ذلك بالمذهب المادي ، فنميز حوالة الدين كما أجزنا حوالة الحق . أما أن نميز حوالة الحق ولا نميز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضا الدائن ، فإذا أحس ضرراً يصيبه من الحوالة ، فما عليه إلا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التي أخذت بالمذهب المادي في الالتزام جواز حوالة الدين . بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يميزها في التشريع الفرنسي

الحالى ، اذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التى يقرها ذلك التشريع^(١) .
 فاذا اراد المشرع المصرى أن يكون موقفه فى هذه المسألة منطقيا ، وأن
 يتمشى فى الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال للمال ، عينا كان
 أودينا ، وجب أن يقرر جواز حواله الدين ، ويجد مستنداه فى الشريعة
 الاسلامية ، فهى تقر ذلك ، وتقف فيه الى جانب القوانين ذات النزعة المادية .
 فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والغير (سواء كان هذا الغير مدينا للمدين
 أو غير مدين له طبقا للمذهب الحنفى) على أن ينتقل الدين الى الغير ، فيحل فيه
 محل المدين الاصلى . ويتحول الدين على إحتال عليه بصفته التى على المحل
 (م ٨٩٦ مرشد الخيران)^(٢) .

(٤) نظرية الظروف الطارئة : هذه نظرية حديثة أخذ بها القضاء
 الادارى فى فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة . فعنده أن تنفيذ
 الالتزام اذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يكن يتوقعها ، ولم يكن
 يستطيع ، مهما كان بصيرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التعاقد ، بجاز له أن
 يطلب تخفيف التزامه . فالتزام المدين لم ينقض إذن بالقوة القاهرة ، لأن تنفيذه
 لا يزال ممكنا ، وانما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وقد أخذ القضاء الادارى
 فى فرنسا بهذه النظرية ، على أثر ما أحدثته الحزب النكبرى من الاضطراب فى
 العلاقات الاقتصادية . وأكثرت ما يطبقها فى العقود المستمرة ، التى تستغرق
 تنفيذها وقتا طويلا ، قد تتغير فى غصونه الأحوال ، وتطرأ ظروف تحل بالتوازن
 الاقتصادى فى التعاقد .

أما القضاء المدنى فى فرنسا فلم يجاز للقضاء الادارى ، لتقيده بنصوص

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الالمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٢٥ م ٨٣ ص ٧٤

هامش عمدة ٣ .

(٢) أنظر أيضا بحثا قيا فى هذا الموضوع للاستاذين شيون وعبد صادق فهمى بك ،

منشورا فى مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ٣٧ — ص ٦٦ و ص ١٢٧ — ص ١٩٠ .

مكتوبة ، لا يتقيد بها القضاء الادارى . كذلك فى مصر قضت محكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة .

على أن هذه النظرية عادلة . ويمكن المشرع المصرى فى تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية ، وهى نظرية فيسحة المدى خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ولها تطبيقات كثيرة ، سندكر منها فيما يلى نظرية العذر فى فسخ الايجار . وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى تماشى أحدث النظريات القانونية فى هذا الموضوع ، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاى فى سنة ١٩٣٢ ، حيث قال : « تعبر نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ، أشدها تكون جزما وشمولا ، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة ، وفى القضاء الادارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى القضاء الانجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب ، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة » (١)

ومعروف نقص لم يبرها القضاء : نذكر من هذه هلاك الزرع فى الأرض المؤجرة ، وانقضاء الايجار بموت المعتاجر ، وانقضائه بالعذر ، والبراءة من الدين .

(١) هلاك الزرع فى العين المؤجرة : ينص القانون الفرنسى على أن المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته ، وللمستأجر أن يطلب تناقص الأجرة بنسبة ما هلك من الزرع (م ١٧٦٩ — ١٧٧٣ فرنسى) : وفى قانون

(١) أنظر مجلة القانون والاقتصاد السبعة الثانية العدد الخامس القسم الإفرنجى ص ٣٠٢ — ٣٠٣ . وقد ورد فى كتاب الاشياء والنظار كثير من المبادئ الفقهية التى تسود فيها فكرة الضرورة . مثل ذلك قولهم : المشقة تجلب التيسير . لا ضرر ولا ضرار . الضرر يزال . الضرورات تبيح المحظورات . الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . الضرر يدفع بقدر الامكان . الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ . الخ .

الالتزامات السويسرى نص (م ٢٨٧) أكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسى يقضى بأن مستأجر الأرض الزراعية الحق فى طلب اقصا الأجرة اقصا نسبيا اذا نقص ريع الأرض المعتاد قصا محسوما بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة . أما القانون المصرى فقد كان قاسيا على المستأجر ، فهولا يميز له أن يطلب اقصا الأجرة اذا هلك الزرع بحادثة جبرية (م ٤٧٩/٣٩٢) ، وعلى هذا الحكم سار القضاء .

وأولى بمشرعنا أن يعدل عن موقفه هذا ، فيوجب الضمان على المؤجر اذا هلك الزرع . ويكون فى هذا متفقا ، لا مع القوانين الغربية فحسب ، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا . فقد نصت المادة ٦٧٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه اذا زرع المستأجر الأرض ، فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصة ما بقى من المدة أيضا . ونلاحظ أن هذا الحكم يقضى بأن يكون اقصا الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستأجر بالعين ، لا بنسبة ما هلك من الزرع . وهذا هو المذهب الحنفى . أما مالك فذهب الى أبعد من ذلك ، وقضى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع^(١) .

(٢) انقضاء الايجار بموت المستأجر : يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر ، ما لم يكن الايجار حاصلًا للمستأجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٤٧٨/٣٩١) . وهذا حكم غير عادل ، أخذه المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى . رأيت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عالية ، ثم مات وترك عياله ، وقد انقطع عنهم مرتب أبيهم ،

(١) أنظر كتابا مخطوطا للأستاذ مخلوف فى مقارنة القانون الفرنسى بمذهب مالك ، وقد ورد فيه ما يأتى (ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) : « اذا تلف الزرع بآفة ، مما للأرض مدخل فيه ، فإن تلف يهود الأرض أو قروها ، أو بما ينتفع منها من الماء ، أو بنحو حامل أو قصاب ومالك وعاتول أو عطش ، سقط كراء الأرض عن المالك . والمدار فى السقوط على تلف الزرع بوجود ما ذكر فى المدة المستأجرة ، وإن لم تكن الأرض معتادة بذلك » .

واستبدلوا به معاشا قد يكون ضئيلا ، أيلتزمون بالبقاء في المار مدة الايجار ، يدفعون هذه الأجرة العالية من تركة أبيهم ، وهم أحوج الى استبقاء التركة من السكنى في دار فخمة ، أصبحت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة ؟ الحق ان حكم الشريعة الاسلامية في هذه المسألة أعدل ، فهو يقضى بانتهاء الايجار بموت المستأجر . والأولى بالمشرع المصري أن يستند الى هذا الحكم ليعطى ورثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء في العين المؤجرة أو الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار . وقد فعل ذلك القانون الألماني (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤٤٠) ، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو أكثر اتفاقا مع المبدأ الذى سارت عليه القوانين الحديثة .

(٣) **انقضاء الايجار بالعدر** : هذا مبدأ قرره المذهب الحنفى في الشريعة الاسلامية ، وهو أحد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الإشارة اليها . ويتلخص فى أن عقد الايجار ينفسخ للعدر الطارىء . وذلك لأن الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر أما أن يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ، ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا ، أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، أو من الزراعة الى التجارة ، أو ينتقل من حرفة الى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما اذا كانت الاجارة

لغرض ، ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يتمتع من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنقضى الاجارة من غير تقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة ، أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنقضى الاجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

وقد وضع الفقهاء للعذر مقيارا مرنا ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله ، يثبت له حق الفسخ » . ويمكن أن نستخلص من الأحكام التفصيلية التي قررها الفقهاء في هذه المسألة القواعد الآتية : (١) لا يصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد الذي يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تفوته بدون الفسخ . (٢) ولا يصح كذلك الفسخ للعذر اذا طلب العاقد ذلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذي ينجم من الفسخ . (٣) ويصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد يدفع عنه بالفسخ ضررا جسيما يزيد على الضرر الذي ينجم عن الفسخ .

ونظريه فسخ الايجار للعذر جديرة بأن يأخذ بها المشرع المصري . فهي من النظريات التي تشهد برقي الشريعة الإسلامية ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق في مختلف الظروف . وهي تتفق في هذا مع أحدث مبادئ القانون وأرقاها . فقد قضى قانون الالتزامات السويسري (م ٢٩٦) بجواز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته ، اذا جدت ظروف خطيرة ، تجعل المضي في الايجار مملا لا يمكن احتماله . وهذا المبدأ إنما هو في الواقع تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة في عقد الايجار .

(٤) البراء : يعتبر البراء في قانوننا ، تبعاً للقانون الفرنسي ، اتفاقاً لا يتم الا بتوافق ارادتين . أما في الشريعة الإسلامية فالبراء يتم بإرادة واحدة تصدر من الدائن . وقد ورد في المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران انه لا يتوقف البراء على قبول المديون ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد .

ونحن نؤثر التكليف القاثوني الذي اتبعته الشريعة الإسلامية على

تكييف القانونين الفرنسي والمصري لسبيين ، أولها منطقي والآخر عملي .
 أما السبب الأول فهو أن الدائن الذي يبرىء ذمة المدين إنما يتنازل عن
 حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بإرادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق
 العيني يتم بالإرادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصي بالإرادة
 المنفردة كذلك ؟ عللنا هذا في كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتي : « يتم
 التنازل عن الحق العيني بإرادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين
 شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصي
 فالتنازل عنه لا يكون إلا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما
 بينهما ، فلا تزول إلا باتفاقهما » .

وهذا التعليل هو كل ما استطعنا أن نقوله في تبرير هذا التمييز بين التنازل
 والابراء . وهو يعد لا يستند إلا إلى نظرة ضيقة للحق الشخصي ، على اعتبار
 أنه علاقة شخصية ، لا قيمة مالية . وإلا فإنا إذا أخذنا بالمذهب المادي للالتزام ،
 واعتبرنا الحق الشخصي قيمة مالية كالحق العيني ، وجب أن يتم التنازل عن كل
 من الحقين بالإرادة المنفردة . وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية .

وهناك سبب ثان لعدم اعتبار الإبراء اتفاقاً يتم بتوافق إرادتين ، إذ القول
 بهذا ينبنى عليه أنه إذا صدر الإيجاب من الدائن ، ومات المدين قبل القبول ،
 فإن الإبراء لا يتم . وهذه نتيجة غير عادلة . ولا يجوز القياس على أهبة في إمكان
 قبولها من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد توفي قبل القبول (م ٧٣/٥١) ،
 فإن هذا نص استثنائي لا يقاس عليه . أما إذا ذهبنا مع الشريعة الإسلامية إلى
 أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، وصدرت هذه الإرادة ، تم الإبراء ،
 ولو مات المدين قبل رضائه ، بل وقبل علمه ، بذلك . وهذا ما يقرره صاحب
 كتاب مرشد الحيران في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول : « وإن مات
 (أى المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وهو نقص مدركها القضاء بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية :
 نذكر من هذه الوجوه أحكاماً تتعلق بالملكية الشائعة ، وبحقوق الارتفاق ،

وبالتزامات المؤجر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبضمان المستعير في عارية الاستعمال ، وبالدعوى البولصية ، وبالعين في القسمة .

(١) الملكية الشائعة : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى الا نصوصا قليلة مبعثرة فى هذا الموضوع الخطير . مع أننا لو رجعنا للشريعة الاسلامية ، الى جانب أحكام القضاء ، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التى تتفق مع المنطق القانونى ، وتمشى مع عاداتنا وتقاليدها . فهناك حكم يقرر مبدأ عاما فى الملكية الشائعة ، أورده صاحب مرشد الخيران فيما يأتى (م ١٢) : اذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك . ثم يفصل الأحكام بعد ذلك فى نصوص كثيرة ، بعضها يعرض لحكم التصرف فى العين المشاعة (م ٧٤٩ - ٧٥٣) ، وبعضها لسكنى الدار الشائعة (م ٧٥٥ - ٧٥٧) ، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٧٥٨ - ٧٦٢) ، وبعضها لهلاك العين (م ٧٦٣) ، وبعضها لهارة الملك المشترك (م ٧١٤ - ٧٧٢) .

فلمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الكثيرة ما يتفق مع أحكام القضاء فى هذا الموضوع .

(٢) حقوق الارتفاق : ويستطيع مشرعنا فى حقوق الارتفاق كذلك أن يستعرض أحكام الشريعة الاسلامية الى جانب أحكام القضاء ، فيأخذ منها ما يصلح .

مثل ذلك انهدام السفلى . وقد رأينا القضاء يكمل حكم المادتين ٣٧ / ٥٨ ، فيجيز لصاحب العلو أن يبنى السفلى ، ويرجع بمصريف البناء على صاحب هذا السفلى ، فاذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم فى تقنينه الجديد ، وجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية ، وحكمها ما يأتى : اذا هدم صاحب السفلى سفله تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٦٦ مرشد الخيران) . واذا انهدم

السفل بلا صنع صاحبه ، فعليه بناؤه بلا جبر عليه ، فان امتنع صاحب السفل من تعميده ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضي ، فله الرجوع على صاحب السفل بما أنفقته على العمارة ، بالغاما بلغ قدره . وأن عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضي ، فليس له الرجوع الا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره باذن القاضي ، ويستخلص حقه من أجرته .

وهناك أحكام أخرى في العلو والسفل ، وفي الحائط المشترك ، يصح الرجوع اليها في التقنين الجديد (أنظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) التزامات المؤجر : تختلف هذه الالتزامات في القانون المصري عنها في القانون الفرنسي . فالمؤجر ، في القانون المصري ، يسلم العين في الحالة التي هي عليها (م ٣٦٩ / ٤٥٢) . ولا يلتزم بأجراء مرمت (م ٣٧٠ / ٤٥٣) ، وليس هناك نص يلزمه بضمان العيوب الخفية . أما القانون الفرنسي فيلزم المؤجر بتسليم العين في حالة خسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسي فقرة أولى) ، ويوجب عليه اجراء المرمات الضرورية (م ١٧٢٠ فقرة ثانية) ، ويجعله ضامنا للعيوب الخفية (م ١٧٢١) . ولا شك في أن القانون الفرنسي أعدل من القانون المصري في هذه المسائل الثلاث . على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما بين القانونين .

فتسليم المؤجر للعين في الحالة التي هي عليها ، وان كان حكما مأخوذا من الشريعة الاسلامية (أنظر م ٦٤٢ مرشد الحيران) ، يمكن تعديله ، من طريق الشريعة الاسلامية نفسها ، حتى يقترب من القانون الفرنسي في ثلاثة وجوه : (١) يجب تسليم العين المؤجرة في حالة تسمح باستغلالها على الوجه المطلوب . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . فقد ورد في البدائع (جزء ٤ ص ١٨٧) أنه

يشترط في الإيجار أن يكون المقود عليه ، وهو المنفعة ، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا . وهذا ما يحكم به القضاء المصري (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤) . (ب) ويجب كذلك في التسليم التخلية والتمكين من الانتفاع بدفع الموانع ، كما تقضى بذلك الشريعة الإسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٩) . فإذا كانت العين مشغولة بأشياء أو بأشخاص ، وجب على المؤجر تخليتها ، ولا يقتصر على تسليمها في الحالة التي هي عليها . (ج) ولا تبرأ ذمة المؤجر من التزامه بالتسليم ، إذا تغير الشيء بفعله أو بفعل غيره ، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم ، ولا يقتصر التزامه في هذه الحالة على تسليم الشيء تالفا في الحالة التي هو عليها (م ٦٤٢ مرشد الخيران) .

أما القيام بالمرمات الضرورية ، فهذا أيضا قد أخذ المشرع المصري حكمه عن الشريعة الإسلامية . إذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الخيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها ، وترميم ما اختل من بنائها ، وإصلاح ميازيمها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . ولكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول ، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسي . فإذا كان المؤجر لا يجبر على إجراء المرمات الضرورية ، إلا أنه إذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق في فسخ الإيجار . وقد جاء في ابن عابدين ما يأتي (جزء ٥ ص ٦٦ - ٦٧) : « عمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا كل ما يخل بالسكنى . . . فإن أبي صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها ، إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك ، وقد رآها ، لرضاه بالعيب . . . وفي الجوهرة وله أن ينفرد بالقسح بإلحاقه » . أما إذا قام المؤجر بالمرمة ، فمضاريفها عليه لا على المستأجر . على أنه يمكن العثور على قول في الشريعة الإسلامية يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات ، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا ، لا من طريق التهديد بفسخ العقد . ففي مذهب الإمام مالك ، على جاء في كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الإشارة إليه : « لا يجبر مالك الدار المؤجر

لها على الاصلاح للمكترى الساكن مثلاً، سواء كان ما احتاج للاصلاح يضر بالسكن أم لا، حدث بعد العقد أم لا. وهو مذهب ابن القاسم في المدونة. ويخير الساكن بين السكنى، فيلزمه الكراء، والخروج منها. وأما غير ابن القاسم، وهو ابن حبيب، فيقول يحجر الأجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل. لكن الخلاف خاص بالمضر اليسير، وأما إذا كان كثيراً فلا يلزمه الاصلاح، اجماعاً.... فالسند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير» (ص ٢٣٤).

أما التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية، فإذا كان لا يوجد فيه نص في القانون المصري، فإن في الشريعة الاسلامية نصوصاً صريحة في ذلك، إذا أخذ بها مشرعنا، بعد أن أخذ بها قضاؤنا، اقترب كثيراً من حكم القانون الفرنسي، فقد جاء في ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤): «الاجارة تفسخ بخيار العيب الحاصل قبل العقد أو بعده، بعد القبض أو قبله». فإذا كان العيب حاصلًا قبل العقد، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت ذلك. فإن رآه، فلا خيار لرضاه به» (أنظر أيضاً شرح العناية على الهداية ٧ ص ٢٢٠. البدائع ص ١٩٥ - ١٩٧).

(٤) ايجار الأراضي الزراعية: نصت المادتان ٣٨٧/٤٧٢ على أنه يجب على مستأجر الأرض للزراعة، الذي قاربت مدة ايجاره على الانتهاء، أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبذر، بما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك. ولا يوجد نص على الفرض العكسي، إذا انتهت المدة المحددة للايجار، وبقيت في الأرض زراعة لم تحصد. وقد جرى القضاء على أنه إذا انتهت مدة الايجار، ولم ينضج الزرع، وألزم المستأجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع، فله مطالبة المؤجر والمستأجر الجديد بتعويض الخسارة التي ألتمت به لهذا السبب (استئناف أهلى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٨٩ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١). وهذا الحكم عادل.

واذا أراد مشرعنا أن يورده في التقنين الجديد ، استطاع أن يستند في ذلك الى أحكام الشريعة الاسلامية ، فانها تذهب في حماية المستأجر الى أبعد من ذلك ، اذ تلزم المؤجر أن يبقى الأرض في حيازة المستأجر بأجر المثل حتى ينضج زرعه (م ٦٧٨ و ٦٧٩ من كتاب مرشد الحيران) .

وهناك أحكام كثيرة في المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية أيضا .

(٥) ضمان المستعير في عارية الاستعمال : يقضى القانون الفرنسى على المستعير ، في عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشيء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شيء مملوك له (م ١٨٨٢ فرنسى) . ولا نص في القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، استنادا الى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد في المادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كان في امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأى وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها » .

(٦) الدعوى البوليصية : في هذه الدعوى حكم معروف يقضى بأنه لا يجوز للدائنين الطعن في وفاء المدين بالمدين لأحدهم دون الباقى ، لأن الدائن الذى استوفى دينه له حق في ذمة المدين يتقاضاه ، فلا يمكن أن يقال أنه تواطأ معه للأضرار ببقية الدائنين . ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم ، مستندا في ذلك الى الشريعة الاسلامية . فقد جاء في المادة ٢١٠ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم ، فله أن يقدم من شاء منهم ، ويؤثره على غيره . وان قضى دين أحدهم ، فليس الآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم » .

(٧) الغبن في القسمة : يقضى القانون الفرنسى (م ٨٨٧ ققرة ثانية) بجواز الطعن في القسمة اذا زاد الغبن على الربع . ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن بالغبن في القسمة . ولكن القضاء ، بالرغم من ذلك ، يجيز هذا

الطنن . وهو تارة يحدد الغبن بالريع تمشيا مع القانون الفرنسى ، وطورا يجعل هذا التحديد تقديرى لعدم وجود النص . وغنى عن البيان أن هذا القضاء الذى يميز الطنن بالغبن فى حالة لا نص عليها هو قضاء اجتهادى ، فى حاجة الى سند قانونى . وهذا السند موجود فى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى شرح المجلة ما يأتى (ص ٦٢٤) : « ثم انه اذا ثبت الغبن الفاحش بطلت القسمة اذا كانت بالقضاء اتفاقا ، لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد . ولو وقعت بالتراضى تبطل أيضا فى الأصح لأن شرط جوازها المعادلة ، ولم توجد ، وبه جزم أصحاب المتون وصححه الشروح واختاره فى المنح تبعاً للكافى وقاضىخان » .

* * *

بينما فيما تقدم العيوب الموضوعية والشكلية التى تجعل تقنيننا المدنى غير صالح للمهمة التى وجد من أجلها ، ونحتم علينا مراجعته . وبينما الى جانب ذلك على أى أساس تبنى هذه المراجعة فى الشكل وفى الموضوع^(١) . ولما كانت المراجعة على النحو الذى ننصح به عملاً دقيقاً ، يستغرق وقتاً طويلاً ، ويقتضى مجهوداً كبيراً ، وجبت المبادرة بالعمل . وكما عجلنا فى ذلك ، كلما اتسع لنا الوقت ، وتهيأت الظروف الصالحة لاتمام العمل على الوجه الذى يرضى اطماع أمة ناهضة . على أن كل ما قدمناه ، اذا دل على أن تقنيننا معيب وأن مراجعته ضرورية ، واذا بين الأسس العملية التى يمكن أن تقوم عليها هذه المراجعة ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبيلها ، وأصبح البت فى القيام بها أمراً ميسوراً . فان الرغبة ، مهما كانت صادقة ، فى عمل تقنين ، هى شىء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب فى مسائل التقنين ، على أن الرغبة وحدها لا تغنى شيئاً . بل ان توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكتفى . فان التقنين أمر يقوم على

(١) كنا نود أن نقتراح مشروطاً لتعديل التقنين المدنى ، فى بعض اجزائه على الاقل ، ونراعى فى وضع نصوص هذا المشروع ما قدمناه من الملاحظات ، ونبنيه على الأسس التى ذكرناها . ولكننا خشينا الاطالة ، وقد نود الى هذا فى فرصة أخرى .

النشاط ، وهو روحه الدافعة . . فإذا انعدم هذا النشاط أو قتر ، سار للتقنين سير ببطيئا ملتويا ، يتعثر عند كل منعرج ، ويصطدم في كل عقبة ، وقلة يصل الى نهاية الطريق . وهذا هو السر في أن التقنيات العظمى لم تتم في عصور كبار الفقهاء والمشرعين ، بل في عهود امتازت بنشاط رجال عظماء ، جعلوا التقنين قضيتهم ، وحاطوه برعايتهم ، حتى وصلوا به الى الغاية ، في غير فتور ولا استنامة . يشهد بذلك تقنيات جوستنيان ، وفردريك الأكبر ، ونابليون ، وجليوم الثاني ، والحدوي اسماعيل .

فهل لمصر أن تؤمل ، في عهد نهضتها الحاضرة ، أن تضم الى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادي ، انتصارا جديدا في النشاط القانوني ، فتعمل على اخراج تقنين مدني جديد ، يكون فخرا لها ، وعلما ترفعه بين الأمم الشرقية ؟

أرجو أن يكون ذلك قريبا ؟



Bibliotheca Alexandrina



0399082